

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**ESPECIALIDADE DIREITO ADMINISTRATIVO**



**O DIREITO REGULATÓRIO NO SÉCULO XXI: OS DESAFIOS DO BIG DATA**

**TIAGO LINHARES DIAS**

**LISBOA**  
**2019**



## **O DIREITO REGULATÓRIO NO SÉCULO XXI: OS DESAFIOS DO BIG DATA**

**TIAGO LINHARES DIAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Área de especialidade: Direito Administrativo

**Orientador: Exmo. Senhor Professor Doutor Alexandre Sousa Pinheiro**

**LISBOA  
2019**

## AGRADECIMENTOS

À MINHA AMADA ÉRIKA, PELA  
COMPREENSÃO E PELO AMOR  
INCONDICIONAL.

AOS MEUS AMADOS FILHOS, BERNARDO  
E HENRIQUE, POR ME MOSTRAREM, A  
CADA DIA, OS REAIS VALORES DA VIDA.

AOS MEUS PAIS, PEDRO E MARGARIDA,  
PELO AMOR E POR TODOS OS  
ENSINAMENTOS.

AOS MEUS IRMÃOS, DEMAIS FAMILIARES  
E AMIGOS, PELO CONSTANTE INCENTIVO,  
QUE, DE UMA FORMA OU DE OUTRA,  
CONTRIBUIU PARA A SUA REALIZAÇÃO  
DESTE ESTUDO.

## RESUMO

No presente trabalho, aborda-se a revolução paradigmática representada pelo *Big Data*, que, em síntese, por meio do tratamento de enorme quantidade de dados, passou a possibilitar a extração de novas ideias e perspectivas sobre a realidade. Assim, propusemos-nos a analisar de que modo o direito regulatório poderá lidar com os desafios que advirão da modernidade tecnológica.

Nessa esteira, em regra, quando se está a tratar de tal modernidade e do seu impacto nas estruturas estatais, um dos pontos nodais é o questionamento acerca da capacidade regulatória que os modelos de Estado, aqui circunscrito à sua forma de Direito democrático, possuem para fazer frente aos desafios oriundos de novas tecnologias.

Inicialmente, procura-se conceituar o aludido fenômeno e apontar os seus efeitos, contextualizando-o em diferentes cenários fáticos. Num segundo momento, atém-se à contextualização dos casos das campanhas eleitorais digitais, portanto, imbricada com os direitos fundamentais. Assim, por conta de os dados pessoais serem o objeto de tratamento do *Big Data*, parte-se para o estudo mais aprofundado de como se dá a sua proteção.

Em prossecução, tendo sido contextualizado em que cenário se deu o uso pernicioso do *Big Data*, bem como enunciados os direitos que eventualmente podem estar em risco, parte-se para verificação se, no cenário delineado, o direito regulatório da União Europeia em matéria de proteção de dados, tem conseguido dar guarida àqueles direitos potencialmente em risco. Para aferir-se o agir estatal quanto ao tema, recorre-se à análise crítica do direito regulatório à luz da Teoria Geral do Estado. Posteriormente, a análise dogmática do tema sobreleva-se importante, motivo pelo qual se recorre ao estudo do RGPD e de normas a ele correlatas.

Com esteio em todo o substrato anterior do estudo, o quarto e último capítulo pretende analisar criticamente se o atual quadro regulatório em matéria de proteção de dados, especialmente no contexto acima citado, tem conseguido fazer frente ao uso nocivo do *Big Data*.

**PALAVRAS-CHAVE:** ESTADO. REGULAÇÃO. PROTEÇÃO DE DADOS. RGPD. *BIG DATA*.

## ABSTRACT

In the present work, we address the paradigmatic revolution represented by Big Data, which, in synthesis, through the treatment of enormous amount of data, started to make possible the extraction of new ideas and perspectives on reality. Thus, we propose to analyze how regulatory law can deal with the challenges that will arise from technological modernity.

In this wake, as a rule, when one is dealing with such modernity and its impact on state structures, one of the nodal points is the questioning about the regulatory capacity that the models of State, here limited to its form of democratic law, have for challenges from new technologies.

Initially, it seeks to conceptualize the aforementioned phenomenon and to point out its effects, contextualizing it in different phatic scenarios. Secondly, we focus on the cases of digital electoral campaigns, which is therefore intertwined with fundamental rights. Thus, because personal data is the object of treatment of Big Data, it is part of a more in-depth study of how its protection takes place.

In pursuance, having been contextualized in what scenario the misuse of Big Data occurred, as well as the rights that may be at risk, it is necessary to verify whether, in the scenario outlined, the European Union's has managed to shelter those rights potentially at risk. In order to assess state action on the subject, a critical analysis of regulatory law is used in light of the General Theory of State. Subsequently, the dogmatic analysis of the theme is important, which is why we use the study of RGPD and related standards.

Stable throughout the study's previous substrate, the fourth and final chapter aims to critically examine whether the current regulatory framework for data protection, especially in the above context, has been able to cope with the harmful use of Big Data.

**KEYWORDS:** STATE. REGULATION. DATA PROTECTION. RGPD. BIG DATA.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

**§** – parágrafo

**ampl.** – ampliada

**art.** – artigo

**arts.** – artigos

**atual.** – atualizada

**Brexit** – sigloneização das palavras inglesas *British* e *exit*, respectivamente, “britânica” e “saída” em livre tradução

**contr.** – contribuição

**Coord.** – Coordenador(es)

**ed.** – Edição

**Ed.** – Editor

**Eds.** – Editores

**et al.** – e outros

**EUA** – Estados Unidos da América

**Leave.EU** – Movimento que prega a saída do Reino Unido da União Europeia

**Org.** – Organizador(es)

**OTAN** – Organização do Tratado do Atlântico Norte

**p.** – página

**p.ex.** – por exemplo

**reimp.** – reimpressa

**rev.** – revista

**SCL** – *Strategic Communication Laboratories*

**ss.** – seguintes

**STF** – Supremo Tribunal Federal brasileiro

**trad.** – tradução

**v. ou vol.** – volume

**vs.** – versus

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. O FENÔMENO <i>BIG DATA</i>.....</b>	<b>13</b>
1.1. Casos de aplicação positiva do <i>Big Data</i> nas áreas da saúde e da economia de mercado .....	16
1.1.1. O caso de epidemia da gripe H1N1 .....	16
1.1.2. O caso da formação de preços na oferta de assentos da aviação civil.....	17
1.2. Casos de aplicação potencialmente negativa do <i>Big Data</i> .....	18
1.2.1. As campanhas eleitorais municipais brasileiras de 2016 realizadas no ambiente digital .....	18
1.2.2. Dos agentes exógenos à relação candidatura x eleitorado: o papel da Cambridge Analytica.....	20
1.2.3. A campanha eleitoral do <i>Brexit</i> no ambiente digital .....	25
1.2.4. A campanha presidencial norte-americana de 2016 no ambiente digital .....	26
<b>2. A <i>PRIVACY</i> E A PROTEÇÃO DE DADOS.....</b>	<b>31</b>
2.1. A <i>privacy</i> norte-americana .....	31
2.1.1. Distinção entre <i>decisional privacy</i> e <i>informational privacy</i> .....	34
2.1.1.1. <i>Decisional privacy</i> .....	34
2.1.1.2. <i>Informational Privacy</i> .....	37
2.2. O processo evolutivo do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito de proteção de dados pessoais .....	38
2.2.1. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	38
2.2.2. O direito fundamental da personalidade.....	44
2.2.3. A autodeterminação informacional .....	49
2.2.4. O direito à proteção de dados .....	50
2.2.5. Sugestão de evolução do direito à proteção de dados para o direito à identidade informacional .....	56
<b>3. O ATUAL QUADRO REGULATÓRIO EUROPEU EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS NO CONTEXTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS DIGITAIS.....</b>	<b>60</b>
3.1. O Direito Regulatório à luz da Teoria Geral do Estado .....	60
3.2. O tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais.....	79
3.2.1. O Regulamento Geral de Proteção de Dados e o <i>Big Data</i> .....	80

3.2.1.1. As normas correlatas ao RGPD e o <i>Big Data</i> .....	85
---	----

#### **4. ANÁLISE CRÍTICA: A EFETIVIDADE DO DIREITO REGULATÓRIO EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AOS DESAFIOS ORIUNDOS DO *BIG DATA* .....90**

4.1. Teorias acerca da modernidade .....	91
4.1.1. A modernidade segundo Bauman.....	92
4.1.2. A modernidade segundo Giddens.....	95
4.1.3. A modernidade segundo Boaventura de Sousa Santos.....	97
4.1.4. A modernidade segundo Wallerstein.....	100
4.2. Teoria do Estado regulador.....	103
4.3. Análise crítica da constante atualização do direito regulatório .....	108
4.3.1. Inflação normativo-regulatória ou adaptação à realidade social premente?114	
4.4. A regulação algorítmica.....	118
4.5. <i>Soft law</i> e a regulação algorítmica .....	128
4.6. Reflexões sobre eventual relação entre direito regulatório e regulação algorítmica .....	131

#### **SÍNTESE CONCLUSIVA .....139**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....144**



## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, aborda-se a revolução paradigmática representada pelo *Big Data*, instrumento cibernético – também tratado como fenômeno, pois nem os especialistas da área da ciência da computação conseguem estimar a dimensão dos seus efeitos – que, em síntese, por meio do tratamento de enorme quantidade de dados, passou a possibilitar a extração de novas ideias e perspectivas sobre a realidade. Assim, propusemos-nos a analisar de que modo o direito regulatório poderá lidar com os desafios que advirão da modernidade tecnológica.

Nota-se, nessa esteira, que, em regra, quando se está a tratar de tal modernidade e do seu impacto nas estruturas estatais, um dos pontos nodais é o questionamento acerca da capacidade regulatória que os modelos de Estado, aqui circunscrito à sua forma de Direito democrático, possuem para fazer frente aos desafios oriundos de novas tecnologias. Buscou-se aferir se essas são capazes de desestabilizar estruturas hierárquicas formais e se eventuais novas estruturas ainda não formalizadas, frequentemente apropriadas por poderes privados, são imunes aos influxos democráticos.

Trata-se de um tema muito recente, inovador e extremamente instigante que não se tem a pretensão de esgotar, analisar exaustivamente todas suas implicações jurídicas ou apresentar uma avaliação definitiva. O propósito maior deste estudo é o de tentar contribuir simultaneamente para o estudo do direito regulatório e do direito à proteção de dados, auxiliando na sua compreensão, difusão e fortalecimento.

Não obstante a interessantíssima temática, que dialoga com o modo de vida desta última década e da que se avizinha, a sua contemporaneidade patente cria dificuldade de encontrar subsídios doutrinários e jurisprudenciais específicos, o que demanda uma construção analítica. Contudo, o caráter provocativo do tema enseja a aceitação do desafio, o qual se espera cumprir ao final do estudo, contribuindo, ainda que singelamente, com a reflexão acerca do atual grau de efetividade do direito regulatório quanto aos desafios advindos do *Big Data*.

Utilizou-se como premissa a hipótese de uso pernicioso do *Big Data*, para tentar aferir se o direito regulatório, da forma como hoje se encontra, ou seja, simplesmente positivado, é capaz de controlá-lo.

No primeiro capítulo, procura-se conceituar o aludido fenômeno e seus efeitos. Apenas a fim de demonstrar a existência de viés profícuo daquele, menciona-se como exemplos o caso de oferta de assentos na aviação civil e o de identificação mais rápida da epidemia da gripe H1N1.

Por conta das inestimáveis hipóteses de aplicação do *Big Data* aos fatos da vida, circunscreve-se seu uso pernicioso ao cenário político-eleitoral, trazendo-se à baila os seguintes casos: campanhas eleitorais municipais brasileiras de 2016, a campanha referente ao plebiscito do *Brexit* e a campanha presidencial norte-americana de 2016, todas com base no ambiente digital.

No segundo capítulo, em razão de a contextualização do primeiro ter sido afunilada para os casos das campanhas eleitorais digitais, portanto, imbricada com os direitos fundamentais, e por conta de os dados serem o objeto de tratamento do *Big Data*, especialmente, neste caso, os dados pessoais, revela-se pertinente passar ao estudo de como se dá a sua proteção.

De proêmio, em decorrência de a campanha presidencial norte-americana ter sido um dos casos em estudo, revela-se curial compreender a *privacy*, essencialmente atrelada à cultura jurídica daquele país, e posteriormente diferenciá-la da proteção de dados, escolhida como norte do direito europeu quanto à matéria.

Como a investigação não tem a pretensão de esgotar o tema e analisar todas as normas referentes à proteção de dados mundo afora, opta-se pela escolha do Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD como parâmetro para aferição da efetividade do direito regulatório atual frente aos desafios oriundos do uso pernicioso do *Big Data*. Nessa linha, atém-se ao direito à proteção de dados, o qual foi adotado como matriz do indigitado Regulamento. Sendo assim, a fim de compreender os fundamentos e de como se dá a proteção jurídica de dados pessoais no atual cenário, será traçado o processo evolutivo do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito de proteção de dados pessoais.

Em prossecução, tendo sido contextualizado em que cenário se deu o uso pernicioso do *Big Data* em estudo, ou seja, as mencionadas campanhas eleitorais digitais, bem como enunciados os direitos que eventualmente podem estar em risco, o terceiro capítulo terá como escopo perscrutar se, no cenário delineado, o direito regulatório da União Europeia em matéria de proteção de dados, tem conseguido dar guarida àqueles direitos potencialmente em risco. Para aferir-se o agir estatal – do qual o direito regulatório é produto – quanto ao tema, recorrer-se-á análise crítica do direito regulatório à luz da Teoria Geral do Estado. Posteriormente, a análise dogmática do tema sobreleva-se importante, motivo pelo qual se recorrerá ao estudo do RGPD e de normas a ele correlatas, isso no que tange ao tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais e *marketing* político.

Com esteio em todo o substrato anterior do estudo, o quarto e último capítulo pretende analisar criticamente se o atual quadro regulatório em matéria de proteção de dados, especialmente no contexto acima citado, tem conseguido fazer frente ao uso nocivo do *Big Data*.

Nesse ponto, recorrer-se-á às Teorias da Modernidade, para tentar compreender o cenário fático da modernidade tecnológica e seu relacionamento com o Estado. Em sequência, apresenta-se importante entender, à luz da Teoria do Estado regulador, como ele tem se comportado no cumprimento de tal mister. Após, será realizada análise crítica da constante atualização do direito regulatório, a fim de verificar se tem sido exitosa ou se tem incorrido em mera produção normativa incapaz de regular o bem da vida em questão.

A sequência do estudo enseja que seja apreciada a regulação algorítmica, ou, resumidamente, regulação de algoritmos por algoritmos, e se o direito regulatório pode ou deve-se valer de outros meios para com vistas a conseguir dar maior efetividade aos seus ditames.

Adotou-se o dialético como método de abordagem, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para o problema levantado, e o dedutivo, já que partiremos de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre o tema enfrentado. Outrossim, trabalhou-se com os métodos de procedimento histórico e funcionalista e a análise desenvolvida se deu a partir da técnica de

pesquisa da documentação indireta em fontes primárias, tais como legislações e documentos em geral, e, também, em fontes secundárias (bibliográficas).

Para não tornar demasiadamente complexa e extensa a análise da efetividade do direito regulatório frente aos desafios do *Big Data*, este trabalho faz algumas delimitações necessárias do tema, pois vários dos pontos não abordados mereceriam um estudo próprio. Sendo assim, ressalta-se que: (1) formas profícuas de uso do *Big Data* serão mencionadas no primeiro capítulo somente para facilitar a compreensão do fenômeno, pois o foco será no seu eventual uso pernicioso; (2) a *privacy* será tratada no segundo capítulo, porém, sem profundidade. A sua inclusão revela-se curial pelo fato de a campanha eleitoral norte-americana de 2016 ser um dos casos em estudo. Todavia, o estudo prosseguirá com foco na proteção de dados pessoais, norte escolhido pelo direito comunitário por meio do RGPD; (3) no que toca do direito fundamental da personalidade, este estudo não pretende delinear a sua complexa história de criação, pedindo-se vênias para recorrer a ela apenas quando se revelar interessante à compreensão do contexto em que surgiu a proteção de dados no espaço europeu; (4) a Teoria Geral do Estado e suas premissas básicas serão manejadas no intuito de tentar embasar a tentativa de compreensão do agir estatal, por intermédio do direito regulatório, no atual cenário. Sendo assim, este estudo não tem o propósito de revisitar tal Teoria; (5) o mesmo se dá com o estudo das Teorias da Modernidade e com a Teoria do Estado regulador; (6) no que concerne à regulação algorítmica, ela será contextualizada, a fim de subsidiar a análise crítica que se propõe. Contudo, não se olvida de seu caráter polêmico e de mencionadas dificuldades de ordem técnica para implementação, motivo pelo qual se entende que este estudo não tem a pretensão de ser um divisor de balizas, ou seja, caberá à doutrina e aos especialistas da área avaliarem sua viabilidade de ordem prática, repousando este estudo apenas na análise dedutiva.

## 1. O FENÔMENO *BIG DATA*

Em tempos de plena expansão das telecomunicações e da tecnologia da informação, um fenômeno e seus efeitos, o *Big Data*, tem impactado direta ou indiretamente na vida em sociedade.

A fim de entendê-lo, é importante notar que os múltiplos dados recolhidos por entidades privadas e por entes públicos sobre os mais variados aspectos relacionados à vida humana passaram a ter valor maior – não apenas econômico, mas social, científico e político – que o inicialmente esperado quando da sua coleta. Tais agentes paulatinamente perceberam que as informações decorrentes de venda ou prestação de serviço, se analisadas agregadamente sob um método particular, continham em si significado maior que a simples soma de suas partes e, até mesmo, que a própria transação comercial em si<sup>1</sup>.

A enorme quantidade de dados passou a possibilitar a extração de novas ideias e perspectivas sobre a realidade, as quais podem vir a proporcionar maior eficiência, produtos e serviços inovadores e, talvez, novas formas de desenvolvimento de políticas públicas e regulação estatal<sup>2</sup>.

Essa nova forma de analisar a realidade vem sendo denominada *Big Data*, o qual segue seu curso de desenvolvimento ao ritmo ditado quase que exclusivamente pelo interesse das empresas detentoras das bases de dados<sup>3</sup>, o que ensejou reação dos entes estatais. Assim, num esforço legislativo de regular a matéria, foram editadas normas, tais como o Regulamento (UE) 2016/679<sup>4</sup> da União Europeia, denominado Regulamento

---

<sup>1</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?* Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v.8, n.1, maio/2016, p. 178.

<sup>2</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?...*, p. 178.

<sup>3</sup> HAIRE, Andrew J.; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Big Data – Opportunity or Threat?* GSR Discussion Paper. União Internacional de Telecomunicações. [https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/Documents/GSR2014/Discussion%20papers%20and%20presentations%20-%20GSR14/Session3\\_GSR14-DiscussionPaper-BigData.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/Documents/GSR2014/Discussion%20papers%20and%20presentations%20-%20GSR14/Session3_GSR14-DiscussionPaper-BigData.pdf). Data de acesso: 15 de dezembro de 2018.

<sup>4</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

Geral de Proteção de Dados – RGPD, com o fito de proteger as pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais.

Não obstante a edição de tais normas, os efeitos do *Big Data*, por conta da própria mudança paradigmática que representa, ainda não podem ser totalmente estimados, cabendo, dessa forma, ao direito tentar regular os desafios vindouros com a aludida modernidade tecnológica<sup>5</sup>.

Nota-se que o tratamento normativo conferido ao uso de informações individuais coletadas por empresas – a exemplo do RGPD – aponta, em regra, para o sigilo de dados dos usuários, deixando escapar a compreensão do fenómeno do *Big Data*<sup>6</sup>. Nesse sentido, é de suma importância esforço para compreendê-lo para, posteriormente, questionar-se sobre a necessidade de uma regulação estatal diferenciada, haja vista ser necessário refletir como o direito poderá lidar com os desafios que advirão dessa modernidade tecnológica.

Outrossim, compete ao jurista repensar as formas jurídicas que institucionalizam as relações sociais no seio do Estado, no intento de conciliar o avanço da tecnologia com o incremento das formas de participação e legitimação democrática na elaboração da política regulatória, bem como de buscar repensar a tecnologia como instrumento para maior fruição das liberdades humanas<sup>7</sup>.

A designação *Big Data*, com possível tradução como “dados massivos” ou “dados em larga escala”, é manejada para se referir a grupos de dados cuja dimensão supera a capacidade e impossibilita a aptidão das ferramentas dos tradicionais *softwares* de recolha, armazenamento e análise de dados. Esses grupos de informação “(...) são geralmente caracterizados por “três V’s”: *volumetria (grandes volumes de dados gerados em cada segundo)*,

---

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2961&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2961&tabela=leis&so_miolo=). Data de acesso: 6 de janeiro de 2019.

<sup>5</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?* Brasília: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações..., p. 179.

<sup>6</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 178.

<sup>7</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 178.

*variedade (os dados são fornecidos em diferentes tipos de formatos e recolhidos através de diversas formas) e velocidade de atualização (os dados estão em constante mutação, exigindo um processamento em tempo real)*<sup>8</sup>.

Assim, como ainda ressoa-se de definição formal, o *Big Data* é tido no âmbito académico, em síntese, como a habilidade de dominar a informação mediante utilização de mecanismos inovadores, com o fito de produzir bens ou percepções úteis e serviços de valor significativo, pois trata dados em grande escala, de forma a gerar novas ideias ou criar novas formas de valor com potencial de modificar mercados, organizações, relações entre os cidadãos e os entes estatais, dentre diversas outras implicações<sup>9</sup>.

Destarte, tal fenómeno desafia a maneira como vivemos e interagimos com o mundo. O mais impressionante é que a sociedade precisará abandonar parte de sua obsessão por causalidade em troca de correlações simples: não focar no porquê, mas sim, no o quê. E isso muda séculos de práticas estabelecidas e desafia nosso modo de tomar decisões e compreender a realidade<sup>10</sup>.

Como não poderia deixar de ser, a principal fonte do *Big Data* é a Internet, haja vista seus dados serem extraídos da navegação por *browsers*, seja pela utilização de programas, motores de busca ou aplicativos por intermédio de diversos dispositivos (computadores, telemóveis, *tablets*, etc.). A título ilustrativo, vide as transações *on-line*, o envio e recebimento de mensagens eletrônicas, a visualização de vídeos e imagens, cliques nos históricos de navegação, nas interações em redes sociais, nos registros e perfis digitais criados pelo próprio utilizador para aceder a diferentes funcionalidades, ou nos registros de localização<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> LEAL, Ana Alves. *Big data e proteção de dados pessoais – desafios à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Revista Vida Judiciária. Grupo editorial Vida Económica. Maio/junho de 2018. <http://www.cidp.pt/Archive/Docs/f826818695653.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

<sup>9</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CULKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work and think*. Londres: John Murray Publishers, 2014, p. 14.

<sup>10</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CULKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work and think...*, p. 14.

<sup>11</sup> LEAL, Ana Alves. *Big data e proteção de dados pessoais – desafios à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados...* Acesso em: 15 de novembro de 2018.

Como em qualquer processo de análise de dados, o tratamento daqueles que são objeto do *Big Data* é realizado através de modelos de análise construídos por algoritmos<sup>1213</sup> e normalmente assentes em técnicas de aprendizado da máquina (*machine learning*), sendo a análise preditiva (*predictive analytics*), o modelo mais utilizado, o qual corresponde a um processo de identificação de padrões a partir de conjuntos de dados, de forma a prever resultados ou tendências futuros<sup>14</sup>.

A fim de ilustrar a dinâmica acima descrita, convém trazer à baila alguns exemplos práticos da aplicação do *Big Data*.

## **1.1. Casos de aplicação positiva do *Big Data* nas áreas da saúde e da economia de mercado**

### **1.1.1. O caso de epidemia da gripe H1N1**

Em 2009, semanas antes de a gripe H1N1 tornar-se motivo de preocupação disseminada em escala global, engenheiros do *Google* publicaram artigo científico na revista *Nature*, delineando como esse motor de buscas virtuais conseguiu prever o alastramento da nova espécie de gripe nos Estados Unidos da América.

Partindo-se das mais de três bilhões de buscas e pesquisa registradas e armazenadas diariamente naquela plataforma digital, seus funcionários conseguiram relacionar certas palavras-chave digitadas pelos milhões de usuários com o surgimento da nova epidemia em determinadas

---

<sup>12</sup> Segundo Sérgio Silveira: *Algoritmos podem ser definidos como um conjunto de rotinas finitas e logicamente encadeadas que tratam dados para atingir os objetivos ou realizar os procedimentos definidos pelos seus desenvolvedores.*

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos*. ComCiência - Revista Eletrônica de Jornalismo Científico. Dez. 2018/Fev. 2019. <http://www.comciencia.br/regulacao-algoritmica-e-os-estados-democraticos/>. Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>13</sup> Para Cathy O'Neill: *algoritmos são regras formais, geralmente escritas em código de computador, que fazem previsões sobre eventos futuros baseados em padrões históricos.* O'NEIL, Cathy. *How can we stop algorithms telling lies?*. The Guardian, 16 de julho de 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/16/how-can-we-stop-algorithms-telling-lies>. Acesso em: 30 de março de 2019.

<sup>14</sup> LEAL, Ana Alves. *Big data e proteção de dados pessoais – desafios à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados...* Acesso em: 15 de novembro de 2018.



localidades norte-americanas. Tal estudo foi possível em razão de o *Google* possuir vantagens comparativas evidentes, como um banco de dados extremamente amplo sobre as pesquisas realizadas por centenas de milhões de indivíduos, e também uma capacidade de processamento invejável, a qual possibilitou testar mais de 450 milhões de diferentes modelos matemáticos até chegar aos resultados esperados. Conclusões semelhantes também foram encontradas por órgãos oficiais do governo norte-americano, mas apenas o *Google* obteve tais resultados em tempo real, acompanhando o desenrolar dos eventos enquanto aconteciam, o que é uma diferença de suma importância<sup>15</sup>.

### **1.1.2. O caso da formação de preços na oferta de assentos da aviação civil**

Outro exemplo prático aconteceu em meados dos anos 2000, quando um cientista da computação resolveu investigar a formação de preços na oferta de assentos no mercado de aviação civil norte-americano. O interesse surgiu após notar que, não obstante a antecedência, havia adquirido seu bilhete por um valor significativamente maior que o preço pago pelo passageiro da poltrona ao lado. Esse cientista, também empresário, analisou uma amostra de doze mil preços extraída de um sítio eletrônico de viagens durante um período de 41 dias, e criou um modelo matemático capaz de prever qual momento mais propício para um consumidor comprar seus bilhetes aéreos por um menor preço. O modelo não apontava o porquê, apenas o quê, na linha do defendido por Mayer-Schönberger e Culkier<sup>16</sup>.

Isso significa que os cálculos realizados não explicavam por que um bilhete era vendido mais barato se comprado em determinada companhia aérea com tal ou qual antecedência, mas somente demonstrava que tal fenômeno acontecia. O referido cientista fez desse modelo matemático um negócio, a *Farecast*, que pesquisava numa base de dados de aproximadamente 200 bilhões de registros de preços para realizar suas

---

<sup>15</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 179.

<sup>16</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CULKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work and think...*, p. 14

previsões. Em 2012, ao tempo em que sua empresa acertava 75% das análises de preços e proporcionava economia média de 50% ao consumidor, consolidou-se sua venda por 110 milhões de dólares para a empresa *Microsoft*, que incorporou o modelo matemático ao seu motor de buscas<sup>17</sup>.

## **1.2. Casos de aplicação potencialmente negativa do *Big Data***

### **1.2.1. As campanhas eleitorais municipais brasileiras de 2016 realizadas no ambiente digital**

No campo político, as implicações do *Big Data* também vêm sendo sentidas de diversas formas. A título de exemplo, as campanhas eleitorais de 2016, realizadas no ambiente digital, para cargos dos municípios brasileiros foram objeto de estudo a fim buscar compreender processos subjacentes àquelas eleições.

A estratégia metodológica empregada consistiu na análise de dados quantitativos – coletados em um projeto coletivo de monitoramento eleitoral – nas seguintes frentes de pesquisa: (i) aparição *on-line* dos candidatos em períodos eleitorais e não-eleitorais; (ii) uso de diferentes métricas de popularidade *on-line*; (iii) sobreposição de seguidores de candidatos de diferentes municípios; (iv) origem dos conteúdos compartilhados; (v) reações expressas do eleitorado às postagens; e (vi) menções ao partido no material de campanha<sup>18</sup>.

Os resultados indicaram que o estudo sistemático das campanhas com amparo na extração de dados digitais pode servir como meio para o conhecimento de fenômenos políticos tais como a existência de graus diferentes de *accountability* entre candidatos, ou seja, uma compreensão mais adequada do impacto das suas atividades no mundo digital – uso das redes

---

<sup>17</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 180.

<sup>18</sup> BRAGA, Sérgio; SAMPAIO, Rafael Cardoso; CARLOMAGNO, Márcio Cunha; VIEIRA, Fabricia Almeida, ANGELI, Alzira Ester; SUHURT, Juan Francisco Arrom. *Eleições online em tempos de 'big data': Métodos e questões de pesquisa a partir das eleições municipais brasileiras de 2016*. Revista Estudos em comunicação, nr. 25, vol. I. Covilhã: Universidade de Beira Interior, dez. 2017, p. 253.

sociais, da extração de dados de acesso a determinadas plataformas, dentre outras – à luz da ação de grupos pequenos mas atuantes. Outrossim, facilita a compreensão da desterritorialização dos processos de formação de identidade e representação política, o papel dos diferentes atores midiáticos na circulação dos conteúdos das mensagens, a mobilização e expressão de sentimentos ao longo da campanha e os graus de partidarização das estratégias comunicativas<sup>19</sup>.

Quanto ao que vem a ser *accountability* no processo eleitoral, tem-se que governos são *accountable* se os cidadãos conseguem entender a diferença entre governos representativos e não representativos, bem como se conseguem avaliá-los apropriadamente, conferindo manutenção no cargo apenas àqueles mandatários que têm bom desempenho aos olhos do eleitorado e retirando o cargo daqueles que não têm. Um *mecanismo de accountability* é, portanto, um mapa dos resultados das ações com justificativas do porquê de elas terem sido tomadas por parte dos ocupantes de cargos públicos para ulterior avaliação pelos cidadãos. Eleições são um *mecanismo de accountability* de renovação contingente, onde sanções servem para estender ou não determinados mandatos<sup>20</sup>.

Volvendo-se à análise do uso do *Big Data* no caso em questão, notou-se a existência de candidatos com graus diferentes de *accountability* em contextos eleitorais e não eleitorais, com alguns candidatos sendo bem-sucedidos em suas estratégias de criação de imagem através da presença nas mídias digitais. Ademais, verificou-se que tão ou mais importante do que a quantidade de tais interações, é a sua qualidade, pois poucas postagens provocaram reações em muitos seguidores, sendo indício de maior grau de competitividade de determinados candidatos. Outrossim, aferiu-se a existência de uma “desterritorialização” da representação política, com o estabelecimento de vínculos e redes de interação entre apoiadores que transcendem em muito

---

<sup>19</sup> BRAGA, Sérgio; SAMPAIO, Rafael Cardoso; CARLOMAGNO, Márcio Cunha; VIEIRA, Fabícia Almeida; ANGELI, Alzira Ester; SUHURT, Juan Francisco Arrom. *Eleições online em tempos de 'big data': Métodos e questões de pesquisa a partir das eleições municipais brasileiras de 2016...*, p. 280.

<sup>20</sup> MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard (Orgs.). *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University, 1999, p. 10.

a base eleitoral dos candidatos no sentido estrito do termo, ou seja, aquela parcela de território em que costuma estar o grosso do seu eleitorado. Por fim, foi possível perceber que diferentes tipos de sentimentos se expressam nas *e-campanhas* segundo diferentes subgrupos de candidatos e que, ao contrário do que se poderia imaginar, os sentimentos negativos não são os dominantes ao longo das *e-campanhas* que também estão abertas à expressão de sentimentos positivos de apoio e incentivo<sup>21</sup>. Em suma, identificou-se que a análise algorítmica permite direcionar ações no campo eleitoral e o mapeamento do seu resultado proporciona aumento da efetividade das candidaturas, influenciando claramente o processo eleitoral.

### **1.2.2. Dos agentes exógenos à relação candidatura x eleitorado: o papel da Cambridge Analytica**

Ainda no campo político, dois importantíssimos acontecimentos recentes são exemplos do poderio do *Big Data*: a eleição de Donald Trump para presidente dos Estados Unidos da América e o plebiscito sobre a permanência do Reino Unido na União Europeia, o qual foi popularmente denominado de *Brexit*, expressão decorrente da siglificação das palavras inglesas *British* e *exit*, respectivamente, “britânica” e “saída” em livre tradução.

No caso norte-americano, em 9 de novembro de 2016, uma empresa britânica ainda pouco conhecida, e cujo foco é o tratamento de dados com espreite no *Big Data*, enviou um comunicado à imprensa: “*Estamos extremamente orgulhosos do trabalho que fomos capazes de fazer em colaboração com a campanha [de Trump]. Os dados estão vivos e chutando. É apenas questão de saber como usá-los e de perceber tendências políticas normais*”, disse Alexander James Ashburner Nix, CEO da Cambridge Analytica<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BRAGA, Sérgio; SAMPAIO, Rafael Cardoso; CARLOMAGNO, Márcio Cunha; VIEIRA, Fabricia Almeida, ANGELI, Alzira Ester; SUHURT, Juan Francisco Arrom. *Eleições online em tempos de 'big data': Métodos e questões de pesquisa a partir das eleições municipais brasileiras de 2016...*, p. 281.

<sup>22</sup> NIX, Alexander James Ashburner. *The Data Gurus Who Anticipated the Election Result*. Comunicado à imprensa realizado pela empresa Cambridge Analytica em 11 de novembro de 2016. <https://www.prnewswire.com/news-releases/cambridge-analytica-the-data-gurus-who-anticipated-the-election-result-300361599.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

Para entender a natureza dos serviços prestados pela referida empresa, o resultado da aludida eleição e como a comunicação política pode funcionar no futuro e influenciar em processos eleitorais, é necessário fazer um breve relato do contexto histórico da citada empresa.

A Cambridge Analytica foi criada no final de 2013 por Robert Mercer, um bilionário norte-americano, Steve Bannon, ex-gerente da campanha de Trump em 2016, e Alexander Nix, seu executivo-chefe, que foi recentemente suspenso<sup>23</sup>, após o surgimento de novas acusações no que toca ao tratamento de dados realizado por aquela empresa<sup>24</sup>.

Para dar-lhe um ar de credibilidade acadêmica, os fundadores queriam criar possíveis laços de pesquisa com a Universidade de Cambridge, no Reino Unido. Assim, Aleksandr Kogan, professor russo-americano daquela universidade, criou um aplicativo para *smartphones* que possibilitou à Cambridge Analytica acesso a informações completas de cerca de 50 milhões de usuários do *Facebook*<sup>2526</sup>.

Contudo, há indícios que os dados fornecidos por Kogan foram oriundos do banco de dados *MyPersonality*, criado pelos então estudantes de doutoramento naquela universidade, Michal Kosinski e David Stillwell. Tal aplicativo consistia num questionário psicométrico, incluindo boa parte do questionário *Big Five*, o qual, ao final, informava ao usuário seu “perfil de

---

<sup>23</sup> KANTER, Jake. *Cambridge Analytica bosses were secretly filmed boasting about how they helped Trump win the US election*. Revista Business Insider, EUA, publicado em 20 de março de 2018. <https://www.businessinsider.com/cambridge-analytica-boasts-won-trump-election-facebook-data-2018-3>. Acesso em 3 de dezembro de 2018.

<sup>24</sup> SCOTT, Mark. *Cambridge Analytica helped ‘cheat’ Brexit vote and US election, claims whistleblower*. <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

<sup>25</sup> SCOTT, Mark. *Cambridge Analytica helped ‘cheat’ Brexit vote and US election, claims whistleblower*... Acesso em: 15 de novembro de 2018.

<sup>26</sup> *Facebook* pode ser considerado um sítio eletrônico de mídia social. Para sua utilização, deve-se criar um perfil pessoal para o qual sejam fornecidas informações pessoais, de cunho público ou privado, a depender do *status* de privacidade. Uma vez que o perfil pessoal é criado, pode-se convidar outros usuários para interação, criar páginas *on-line*, compartilhar artigos, fotos, vídeos, dentre diversas outras funcionalidades. <http://www.businessdictionary.com/definition/Facebook.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

personalidade” com a opção de compartilhar seus dados de perfil do *Facebook* com os pesquisadores<sup>27</sup>.

Vale pontuar que a psicometria, também chamada de psicografia, tem foco na medição de traços psicológicos, como a personalidade. Na década de 1980, duas equipes de psicólogos desenvolveram um modelo que buscava avaliar pessoas com base em cinco traços de personalidade – nomeou-se tal modelo de *Big Five*: *abertura* (a novas experiências), *consenciosidade* (perfeccionismo), *extroversão* (sociabilidade), *condescendência* (cooperatividade) e *neuroticismo* (temperamento). Com amparo nessas dimensões – conhecidas pela sigla em inglês OCEAN – considera-se possível fazer uma avaliação relativamente precisa do perfil de qualquer pessoa, inclusive no que toca necessidades e medos e como eles provavelmente agirão por conta de tais sentimentos<sup>28</sup>.

O *Big Five* tornou-se a técnica padrão de psicometria. Mas, por muito tempo, essa abordagem apresentava uma inconsistência, a coleta de dados, pois era preciso preencher um questionário complicado com informações muito pessoais, o que foi resolvido com o aplicativo *MyPersonality* criado por Kosinski e Stillwell, pois, com a promessa de oferecer o perfil de personalidade ao final do questionário, conseguiu-se que milhões de usuários concedessem as informações tão úteis ao *Big Five*, com a vantagem que tais dados poderiam ser tratados em larga escala e em curto espaço de tempo<sup>29</sup>.

Especula-se que se esperava que apenas algumas dezenas de colegas universitários preenchessem o questionário, mas, em pouco tempo, milhões de pessoas revelaram seus segredos mais íntimos. Dessa forma, em pouco tempo, os dois estudantes de doutoramento obtiveram um bloco

---

<sup>27</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election*. Revista Vice. [https://www.vice.com/en\\_us/article/mg9vvv/how-our-likes-helped-trump-win](https://www.vice.com/en_us/article/mg9vvv/how-our-likes-helped-trump-win). Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>28</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election*... Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>29</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election*... Acesso em: 2 de novembro de 2018.

gigantesco de dados combinando pontuações psicométricas com perfis do *Facebook*, e prontos para análise, pois, apesar de tais dados apreciados isoladamente não terem força para produzir uma previsão confiável, dezenas, centenas ou milhares deles analisados de forma combinada poderiam alcançar previsões altamente precisas<sup>30</sup>.

Continuando o desenvolvimento de seus estudos, Kosinski e sua equipe aprimoraram incansavelmente seus modelos. Em 2012, provaram que, com base em uma média de 68 “curtidas” no *Facebook* por usuário, seria possível prever sua cor da pele (95% de precisão), sua orientação sexual (88%) e sua filiação aos partidos Democrata ou Republicano (85%), no caso de usuários intimamente ligados ao processo eleitoral norte-americano. E mais: inteligência, afiliação religiosa e uso de álcool, cigarro e drogas, e até se os pais de alguém seriam divorciados, tudo isso e muito mais poderia ser estimado<sup>31</sup>.

A principal demonstração de força do modelo utilizado pelo *MyPersonality* era a capacidade de prever a resposta de alguém com amparo nos dados por ele fornecidos. Destarte, após aprimoramentos, a avaliação de cada pessoa realizada pelo mecanismo de Kosinski e Stillwell, com base em apenas 10 “curtidas” no *Facebook*, já seria considerada melhor do que aquelas realizadas por psicólogos. Segundo eles, 70 “curtidas” seriam suficientes para saber mais sobre um usuário do que seus próprios amigos, 150 “curtidas” suplantariam o que os pais daquele usuário sabem dele e, para conhecer uma pessoa mais do que o seu parceiro, bastariam 300 “curtidas”. Chegaram ao ponto de afirmar que, com mais “curtidas” do que isso, seria possível conhecer mais até do que a própria pessoa saberia sobre si. Ao fim e ao cabo, Kosinski e Stillwell acabaram criando um motor de busca de pessoas, cujo potencial e perigo foram logo por eles notados. Nesse sentido, começaram a ser inseridos alertas no aplicativo, tais como: *pode representar uma ameaça ao bem-estar, à*

---

<sup>30</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>31</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

liberdade, ou mesmo à vida de um indivíduo, o que não demoveu os usuários da intenção de fornecer seus dados<sup>32</sup>.

Foi nesse estágio de desenvolvimento do aplicativo *MyPersonality* que se cruzaram as histórias de Kosinski e Kogan, este último, o professor da Universidade de Cambridge citado acima, haja vista esse ter contactado aquele com a justificativa de que estaria a mando de uma empresa interessada em acessar o banco de dados do aludido aplicativo, porém não estaria autorizado a mencionar a empresa nem para qual finalidade. Após a hesitação de Kosinski, Kogan revelou o nome da interessada: SCL – *Strategic Communication Laboratories*, a qual se apresentava, no seu próprio sítio eletrônico, como uma “agência de gestão eleitoral”<sup>33</sup>.

Ao procurar saber o que realmente era tal empresa, Kosinski descobriu que a SCL é a mãe de um grupo de empresas. Os seus verdadeiros donos e de suas subsidiárias não são conhecidos graças a uma estrutura corporativa complicada, muito parecida com a divulgada quando do escândalo dos *Panama Papers*<sup>34</sup>. Além disso, até aquele momento, algumas das filiais da SCL haviam se envolvido nas eleições ucranianas e nigerianas<sup>35</sup>, haviam ajudado o monarca do Nepal<sup>36</sup> contra rebeldes e haviam desenvolvido métodos

---

<sup>32</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>33</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>34</sup> Panama Papers: “(...) nome dado a um escândalo de corrupção que foi descoberto através de 11,5 milhões de documentos a que o jornal alemão ‘Süddeutsche Zeitung’ e o Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação (CIJI), onde se inclui o Expresso, teve acesso devido a uma fuga de informação na sociedade de advogados Mossack Fonseca, sediada no Panamá. Daí o nome Panama Papers. (...) Ou seja, os documentos expõem como companhias *offshore* criadas por essa sociedade de advogados para entidades ligadas a 12 antigos e atuais líderes mundiais, desviaram dinheiro e fugiram ao fisco ao colocar dinheiro em 21 dos destinos mundiais onde se podem criar estas *offshores* que são, na prática, **estruturas empresariais que servem de fachada** e são, na realidade, usadas para esconder património e dinheiro” (grifos acrescentados). BAPTISTA, Ana. *Afinal o que é o “Panama Papers”?*. Periódico. Portugal. <https://www.dinheirovivo.pt/outras/afinal-o-que-e-o-panama-papers/> Acesso em: 12 de outubro de 2018.

<sup>35</sup> BBC – British Broadcasting Corporation. Editorial. *Cambridge Analytica: the data firm's global influence*. Publicado em 22 de março de 2018. <https://www.bbc.com/news/world-43476762> Acesso em: 7 de novembro de 2018.

<sup>36</sup> WEINBERGER, Sharon. *You can't handle the truth: psy-ops propaganda goes mainstream*. Revista Slate. <https://slate.com/news-and-politics/2005/09/psy-ops-propaganda-goes-mainstream.html> Acesso em: 7 de novembro de 2018.



para a Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN para influenciar cidadãos da Europa Oriental<sup>37</sup> e do Afeganistão<sup>38</sup>. Prosseguindo em sua pesquisa, Kosinski descobriu que Kogan havia registrado secretamente uma empresa ligada à SCL e que aquela havia desenvolvido uma ferramenta similar à *MyPersonality* e constituído, em 2013, uma nova empresa: a Cambridge Analytica<sup>39</sup>, a qual veio a ter papel crucial no *Brexit* e na eleição presidencial norte-americana, como veremos a seguir.

### 1.2.3. A campanha eleitoral do *Brexit* no ambiente digital

Observando-se a ordem cronológica dos dois últimos fatos políticos acima, o *Brexit* – plebiscito<sup>40</sup> sobre a permanência do Reino Unido na União Europeia ocorrido em 23 de junho de 2016, no qual 52% dos eleitores britânicos optaram pela saída do indigitado bloco – foi a primeira grande

---

<sup>37</sup> Segundo o comunicado intitulado *Countering propaganda: NATO spearheads use of behavioural change science* da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN: “A ameaça da guerra convencional mudou e temos de reconhecer que a informação pode ser uma arma”, disse Mark Laity, então Chefe de Comunicações Estratégicas das Operações de Comando Aliado da OTAN. E continuou: “Seja usada para desinformação, engano ou simples criação de falsas narrativas, temos que estar cientes e ser capazes de responder a este desafio. Este curso melhorará a nossa capacidade de operar na arena de informação de forma eficaz e em consonância com os nossos valores como sociedades livres e abertas”.

OTAN. <https://stratcomcoe.org/countering-propaganda-nato-spearheads-use-behavioural-change-science>. Acesso em: 8 de novembro de 2018.

<sup>38</sup> TATHAM, Steve. *Target audience analysis*. Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN. Revista *The Three Swords*, nr. 28, maio de 2015, p. 51. [http://www.jwc.nato.int/images/stories/threeswords/JWC\\_Magazine\\_May2015\\_web\\_low.pdf](http://www.jwc.nato.int/images/stories/threeswords/JWC_Magazine_May2015_web_low.pdf). Acesso em: 4 de novembro de 2018.

<sup>39</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>40</sup> Diversos meios de imprensa noticiaram o *Brexit* como referendo, talvez, porque, em inglês, utilizou-se a expressão *EU referendum* <<https://www.gov.uk/government/topical-events/eu-referendum>> Acesso em: 6 de novembro de 2018. Contudo, apesar de ambas as palavras *referendum* e *plebiscite* existirem em inglês, tal votação acabou sendo tratada pela mídia como se fossem sinônimas, tendo sido utilizadas as duas terminologias, não obstante deterem natureza jurídica diferente. Em breves palavras, **referendo** ocorre quando uma minuta de norma já existe e o parlamento ou Executivo quer saber se a população a aprova ou não. Se aprovar, ela vigorará. Como a norma já foi elaborada, o eleitor sabe exatamente o que está aprovando ou rejeitando. Já o **plebiscito** acontece antes da existência da norma. Logo, o eleitor não está decidindo se determinada minuta de norma entrará em vigor, mas apenas se uma norma deve ser elaborada acerca do tema em debate. Em outras palavras, o parlamento continua livre para elaborar a norma ou não, já que o plebiscito, diferentemente do referendo, não vincula. Assim, no caso do Reino Unido, o projeto de lei sequer existia quando o eleitorado foi chamado à manifestação, tratando-se, na verdade, de um plebiscito.

FOLHA DE SÃO PAULO, *Reino Unido: plebiscito ou referendo sobre a União Europeia?* Editorial de 23 de janeiro de 2013. <http://direito.folha.uol.com.br/blog/reino-unido-plebiscito-ou-referendo-sobre-a-unio-europeia>. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

campanha eleitoral na qual foram sentidos os efeitos dos serviços prestados pela Cambridge Analytica, pois, em novembro de 2015, a vertente mais radical da campanha pela retirada do Reino Unido, a “Leave.EU”, encabeçada por Nigel Farage, anunciou a contratação daquela empresa para conduzir a campanha no ambiente digital, cujo principal serviço foi descrito como um *inovador marketing político, baseado em microssegmentação, para avaliar a personalidade das pessoas a partir da extração de dados digitais, tudo baseado no modelo OCEAN*<sup>41</sup>.

Segundo Christopher Wylie, ex-diretor de pesquisa da Cambridge Analytica, em sabatina no parlamento britânico, a empresa desempenhou um papel crucial no *Brexit*, pois “(...) *pode-se dizer razoavelmente que o resultado do referendo (sic) teria sido diferente*”, sem o envolvimento daquela e da AggregateIQ (AIQ), uma empresa canadense ligada à primeira. Em complemento, ainda afirmou estar absolutamente convencido de que a AIQ utilizou o banco de dados da Cambridge Analytica durante a campanha do *Brexit* e que a SCL, matriz do conglomerado, *desempenha um papel-chave na política e se envolve nas eleições de países emergentes numa espécie de “colonialismo dos tempos modernos”*<sup>42</sup>.

#### **1.2.4. A campanha presidencial norte-americana de 2016 no ambiente digital**

Em 19 de setembro de 2016, pouco mais de um mês antes da eleição presidencial norte-americana, ocorreu, em Nova Iorque, EUA, a Cúpula de Concórdia, uma espécie de Fórum Econômico Mundial em miniatura, com a presença de líderes mundiais, como o então presidente suíço Johann Schneider-Ammann. Nesse evento, Alexander Nix, então diretor-executivo da

---

<sup>41</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>42</sup> HERN, Alex; SABBAGH, Dan. *EU referendum won through fraud, whistleblower tells MPs: Former Cambridge Analytica worker says Brexit result may have been different without financial ‘cheating’*. The Guardian, publicado em 27 de março de 2018. <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/27/brexit-groups-had-common-plan-to-avoid-election-spending-laws-says-wylie>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

Cambridge Analytica, apresentou um painel sobre o poder do *Big Data* e da psicografia no processo eleitoral<sup>43</sup>.

Nix explicou abertamente como sua empresa fazia o uso de tal ferramenta: *Em primeiro lugar, a Cambridge Analytica adquire dados pessoais de uma variedade de fontes diferentes, como registros de terras, dados automotivos, dados de compras, cartões de fidelidade, associações de clubes, revistas lidas, igrejas frequentadas*. Ainda exibiu logotipos de entidades de proteção ao crédito como Acxiom e Experian, as quais costumam ofertar à venda quase todos os dados pessoais que possuem. Segundo ele, para saber onde mulheres judias moram, é possível simplesmente comprar essa informação, incluindo números de telefone. Após, a Cambridge Analytica agrega isso com dados *on-line* e os registros eleitorais. Assim, a favor de Donald Trump, o tratamento e avaliação dos dados deveriam levar em consideração a preponderância do eleitorado alinhado com o Partido Republicano em determinada região, elaborando-se um perfil de personalidade com base no modelo *Big Five*. Para o expositor, os traços digitais de personalidade, de repente, transformam-se em pessoas reais com medos, necessidades, interesses e endereços residenciais. Em seguida afirmou: *Temos perfis de personalidade traçados para cada adulto nos Estados Unidos da América – cerca de 220 milhões de pessoas*<sup>44</sup>.

Para demonstrar como se dá a aludida microssegmentação, Nix expôs uma sequência de *slides* na qual mostrava como os eleitores categorizados psicologicamente poderiam ser abordados de maneira diferente. Como exemplo, mencionou que, com amparo na 2ª Emenda da Constituição norte-americana – direito de porte de armas –, bastaria, *para uma audiência altamente neurótica, usar a ameaça de um roubo e a apólice de seguro de uma arma na mensagem*. Na hora, uma imagem mostrou a mão de um intruso esmagando uma janela. E continuou: *[p]or outro lado, para um público que se*

---

<sup>43</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>44</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

*preocupa com tradição, hábitos e família*, convém mostrar uma imagem de um homem e uma criança em pé num campo ao pôr do sol, ambos segurando armas, caçando patos<sup>45</sup>.

Como espécie de contrapropaganda, apresentou o envio de mensagens pela campanha de Trump diretamente aos eleitores do Distrito de *Little Haiti*, em Miami, EUA, cujo intento maior foi o de divulgar o fracasso da Fundação Clinton na ajuda ao Haiti após o terremoto de 2010<sup>46</sup>.

Quanto a este ponto, é oportuno mencionar que a técnica empregada pela Cambridge Analytica com o uso do *Big Data* não é algo até então desconhecido, pois, desde os primórdios da Internet, as Forças Armadas e os órgãos de serviço de informações buscaram desenvolver tecnologia destinada a “antecipar os movimentos do inimigo”, de forma a combatê-lo com maior eficácia<sup>47</sup>.

Dito isso, vale ressaltar que, nos EUA, a empresa se beneficiou de leis muito brandas no que concerne ao acesso a dados pessoais. Enquanto na Europa dados de usuários só podem ser obtidos se os donos permitirem, nos EUA é o contrário. A não ser que um usuário expresse sua negativa, todos os dados podem ser aproveitados por empresas de diversos ramos<sup>48</sup>. Isso resulta, em muito, da diferença de abordagem dada pela *privacy* norte-americana e a dada pela proteção de dados europeia, o que será visto com mais detalhes no próximo capítulo.

Segundo consta, a Cambridge Analytica segmentou a população norte-americana em 32 tipos de personalidade, e focou apenas em 17 estados. A empresa descobriu, por exemplo, que a preferência por carros fabricados nos

---

<sup>45</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>46</sup> SHEERIN, Jude. *US election 2016: What really happened with the Clintons in Haiti?* BBC, Reino Unido, publicado em 2 de novembro de 2016. <https://www.bbc.com/news/election-us-2016-37826098>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

<sup>47</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 74.

<sup>48</sup> GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

EUA era uma grande pista para um potencial eleitor de Trump e que os homens que gostam de cosméticos da marca *MAC* são ligeiramente mais propensos a serem homossexuais. Dentre outras conclusões, essas descobertas mostravam para a equipe de Trump quais, onde e para quem certas mensagens seriam mais eficazes. Nesse sentido, a decisão de focar nos estados de Michigan e Wisconsin nas últimas semanas de campanha veio da aludida análise de dados com amparo no *Big Data*<sup>49</sup>.

Ao final do processo eleitoral, Hillary Clinton, candidata do Partido Democrata, conseguiu vantagem, em nível nacional, de mais de 2,5 milhões de votos sobre Donald Trump, do Partido Republicano. Contudo, Trump conseguiu mais votos no colégio eleitoral, por ter conquistado a vitória em mais estados. Ao fim e ao cabo, os estados mais decisivos foram Michigan, Pensilvânia e Wisconsin, nos quais o candidato republicano ganhou, respectivamente, por 0,2, 0,7 e 0,8 pontos percentuais e essas três vitórias deram a ele 46 votos eleitorais. Convém frisar que, se Clinton tivesse obtido apenas um ponto percentual em cada um desses estados, ela teria ganhado os votos eleitorais a eles atinentes, ou ainda, se tivesse obtido mais 79.646 votos nos três estados, teria sido eleita presidente norte-americana<sup>50</sup>.

Revela-se curial mencionar que, ainda que seja difícil apurar os reais impactos dos serviços prestados pela Cambridge Analytica na campanha do *Brexit* e na última eleição presidencial norte-americana, os analistas reconhecem que, de fato, isso influenciou nos pleitos ao tratar os dados pessoais e direcionar as campanhas a cada um dos segmentos de eleitores que criou<sup>51</sup>. Muitos vão além, defendem que a influência da citada empresa ou de similares em processos eleitorais pode ser considerado um marco no que

---

<sup>49</sup> GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election...* Acesso em: 2 de novembro de 2018.

<sup>50</sup> BUMP, Philip. *Donald Trump will be president thanks to 80,000 people in three states*. The Washington Post, EUA, publicado em 1 de dezembro de 2016. [https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/12/01/donald-trump-will-be-president-thanks-to-80000-people-in-three-states/?noredirect=on&utm\\_term=.c0310d8d781c](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/12/01/donald-trump-will-be-president-thanks-to-80000-people-in-three-states/?noredirect=on&utm_term=.c0310d8d781c). Acesso em 20 de dezembro de 2018.

<sup>51</sup> TRISH, Barbara. *Big Data under Obama and Trump: The Data-Fueled U.S. Presidency*. Grinnell College, EUA. Revista *Politics and Governance*, 2018, Vol. 6, Issue 4, p. 33. <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/download/1565/1565>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

tange ao tratamento dos dados pessoais, ou seja, como são coletados, por quem e para que finalidade<sup>52</sup>.

Deve-se avaliar, ao longo do estudo, se o uso pernicioso do *Big Data* – no caso do *Brexit* e da campanha norte-americana, caracterizado pela falta de transparência – potencializa o risco de manipulação do acesso à informação e de condicionamento das liberdades de pensamento e de opinião, em desprezo dos princípios e regras por que se deve pautar a utilização de dados pessoais dos cidadãos, o que, em tese, representaria risco à democracia e à confiança dos cidadãos no Estado de Direito e na integridade dos atos de eleição dos seus representantes.

A notória diferença de entendimento quanto ao tratamento de dados pessoais no âmbito da União Europeia e dos Estados Unidos da América, revela a importância de abordagem mais aprofundada acerca dos institutos da *privacy* e da proteção de dados, haja vista o grau de liberdade para tal uso ser ponto crucial para avaliar a efetividade do direito na regulação de atividades que utilizam ferramentas decorrentes do aprimoramento do mundo digital, pois a evolução da organização social se apresenta como um processo de incessante diferenciação de funções, neste caso, causada pelo *Big Data*.

---

<sup>52</sup> STROUD, Court. *Cambridge Analytica: the turning point in the crisis about Big Data*. Revista Forbes, EUA, publicado em 30 de abril de 2018. <https://www.forbes.com/sites/courtstroud/2018/04/30/cambridge-analytica-the-turning-point-in-the-crisis-about-big-data/#35b37fc748ec>. Acesso em: 2 de dezembro de 2018.

## 2. A *PRIVACY* E A PROTEÇÃO DE DADOS

O primeiro capítulo foi essencial para contextualizar a novel figura do *Big Data* e a emanção dos seus possíveis efeitos sobre o direito da personalidade por conta do uso de dados pessoais. Outrossim, muito se discorreu acerca da utilização dos dados pessoais, sem, contudo, qualificá-los, tampouco demonstrar como os direitos-alvo desse manejo se apresentam, o que se revela salutar neste momento.

Antes de se avançar, há que se dizer que existe a dimensão negativa do direito à privacidade, ou seja, aquela que protege a intimidade e a vida privada do indivíduo contra intromissões do poder público e dos demais cidadãos, e a dimensão positiva, a qual impõe ao Estado o dever de implementar as medidas administrativas e legislativas para garantir a privacidade dos cidadãos, protegendo-os de ações de outros cidadãos e do próprio Estado, principalmente nos meios tecnológicos<sup>53</sup>.

### 2.1. A *privacy* norte-americana

De início, é importante deixar claro que a *privacy* e a proteção de dados não são sinônimos, não se fundem dogmaticamente. Contudo, ambas têm origem na proteção da personalidade do indivíduo perante os avanços da tecnologia<sup>54</sup>, motivo pelo qual se revela importante sua inclusão, mesmo que de forma superficial, bem como sua diferenciação em relação à proteção de dados no bojo do presente estudo, haja vista a campanha presidencial norte-americana ter sido em dos exemplos utilizados para demonstrar um dos potenciais do *Big Data*, *in casu*, caracterizado pela falta de transparência, o que, em tese, potencializa o risco de manipulação do acesso à informação e de condicionamento das liberdades de pensamento e de opinião, em desprezo dos princípios e regras por que se deve pautar a utilização de dados pessoais dos cidadãos.

---

<sup>53</sup> SILVA, Luciana Vasco da. *Direito de privacidade no direito brasileiro e norte-americano*. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. nº 12, ago./dez. 2015. <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/9051/9553>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

<sup>54</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 39.

Tal ressalva decorre de ser comum, ao se estudar a proteção de dados, uma abordagem sobre a *privacy* oriunda do direito norte-americano, haja vista a doutrina corriqueiramente afirmar que primeira decorre da segunda, em outras palavras, que a proteção de dados decorre da *privacy*, sendo aquela, na verdade, a concretização desta no plano europeu ou, ainda, que são sinônimos por proteger bens jurídicos paralelos<sup>55</sup>.

Para que tal diferenciação seja eficaz, é deveras importante assentar a distinção entre a gênese desses institutos, para, posteriormente, ao analisar a dinâmica de ambas, provar, no caso europeu, num primeiro instante, a existência de um direito à informação pessoal, o qual foi objeto de evolução, mas isso será abordado mais à frente<sup>56</sup>.

Destarte, não obstante o foco do presente estudo ser a proteção de dados frente aos desafios criados pela utilização do *Big Data* e esta ser a abordagem dada pelo direito da União Europeia, a referência à *privacy* norte-americana é salutar, por serem vultuosos os problemas jurídicos que convocam esses direitos, mesmo em contextos jurídicos diferentes, para polaridades semelhantes na relação com outros direitos fundamentais<sup>57</sup>.

As aludidas polaridades decorrem do fato de vivermos numa era coloquialmente denominada de *sociedade da informação* ou *sociedade globalizada*, no âmbito da qual a *privacy* e a proteção de dados pessoais se manifestam como “direitos-alvo”, pois comumente são submetidas a um juízo de ponderação quando postas em conflito com outros direitos em tópicos, dentre eles, os atinentes à segurança pública, à transparência administrativa e ao interesse público<sup>58</sup>.

Cabe também apontar que há complexidade na delimitação do objeto de estudo da *privacy* em razão de seu conteúdo nunca ter sido claramente definido. Isso, “(...) associado à ausência de menção à *privacy* no

---

<sup>55</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 39.

<sup>56</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 43.

<sup>57</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 40.

<sup>58</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 40.



Bill of Rights, *estimula o cepticismo quantos aos contornos do conceito ou, no extremo, a sua negação como factor juridicamente relevante, e dita uma distinção importante entre decisional privacy e informational privacy*<sup>59</sup>.

Convém ressaltar que esses dois conceitos não exaurem as classificações da *privacy* ou das suas ramificações, mas são institutos normalmente abordados pela doutrina, conferindo à *informational privacy* um espectro mais amplo, mais próximo da visão eurocêntrica da *privacy*, não obstante terem diferentes designações<sup>60</sup>.

No campo doutrinário, o artigo *The Right to Privacy*, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado em 1890 na *Harvard Law Review* é tido como o texto fundador da *privacy*. Por sua vez, a complexidade na classificação da *privacy* foi desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano em diversos julgados, revelando-se salutar, neste momento, apontar a decisão no caso *Griswold v. Connecticut*<sup>61</sup>, de 1965, na qual (...) o Juiz Douglas refere às penumbras *mal alumadas do pedregoso caminho das emendas constitucionais, em cujos recantos estão incrustadas as garantias de direitos fundamentais – no caso, zones of privacy – construídos através de processos fragmentários de interpretação jurídica das 1.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 9.ª e 14.ª emendas*. Em complemento, urge mencionar que a retórica utilizada no caso

---

<sup>59</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 41.

<sup>60</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 364.

<sup>61</sup> Em *Griswold v. Connecticut*, os recorrentes, o diretor-executivo da *Planned Parenthood League of Connecticut* e seu diretor médico, um médico licenciado, foram condenados por dar informações e conselhos médicos a pessoas casadas sobre como prevenir a concepção e por, após o exame, prescrever um dispositivo ou material anticoncepcional. À época, um estatuto acessório do Estado de Connecticut considerava crime qualquer pessoa usar qualquer droga ou artifício para impedir a concepção. Os recorrentes alegaram que o estatuto acessório, conforme aplicado, violou a Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana. Um tribunal de apelação intermediário e o mais alto tribunal do Estado mantiveram o julgado. Por sua vez, a Suprema Corte daquele país decidiu que a Constituição norte-americana, através da Declaração dos Direitos dos Cidadãos, protege o direito fundamental à privacidade. Por maioria, num placar de 7-2, aquela Corte optou por considerar inconstitucional a Lei de Comstock, do Estado de Connecticut, por violar o direito à privacidade conjugal, estabelecendo as bases para o direito à privacidade, no que se refere aos métodos contraceptivos cada casal resolve adotar. Julgado *Griswold v. Connecticut*, nº 496, julgamento em 7 de junho de 1965. CORNELL UNIVERSITY. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

*Griswold* decorre de fundamentos já manejados em outras decisões, nas quais o aludido juiz não sustentou a existência da *privacy* como direito autônomo<sup>62</sup>.

### **2.1.1. Distinção entre *decisional privacy* e *informational privacy***

#### **2.1.1.1. *Decisional privacy***

Volvendo-se à dicotomia entre a *decisional privacy* e a *informational privacy*, tem-se que a primeira diz respeito não a “dados pessoais”, terminologia largamente utilizada no âmbito europeu, mas a “comportamentos do indivíduo”, com reflexos pessoais e sociais ditados por “decisões autônomas”. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas tratam tal instituto como espécie de *liberdade de condução da vida em função de manifestações da personalidade*<sup>63</sup>.

Vide que não se está a abordar um tema informacional de dados e informações atinentes a determinado indivíduo, mas sim, a liberdade da prática de atos de conteúdo social, cultural, ético ou moral autodeterminados, portanto, trata-se de *atos autodeterminados*, não de *autodeterminação informacional*. A título exemplificativo, no que toca à *decisional privacy*, nota-se que as discussões doutrinárias e jurisprudenciais norte-americanas têm encontrado ressonância em situações relacionadas a casamento, procriação, contracepção, relações familiares, matérias relativas a crianças e educação<sup>64</sup>.

Destarte, o caso *Griswold* deve ser considerado um exemplo de *decisional privacy* por não estar em causa o acesso a um “conteúdo informacional”, mas sim, a proibição de exercício de uma atividade. Por óbvio, não se deixa de reconhecer que, de certa forma, há repercussões informacionais, mas que, todavia, não são o cerne da questão. Em outras palavras, *in casu*, houve “procura” por determinado tipo de informação, ou ainda, pela orientação médica referente a métodos contraceptivos, o que ampararia a tomada de decisão pelos casais. Não se refuta o argumento de

---

<sup>62</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 365.

<sup>63</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 366.

<sup>64</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 366.

que tais informações detinham “conteúdo informacional”, porém, sua essência, era de orientações gerais. Se, na hipótese, as orientações fossem específicas e decorressem de dados e informações pessoais passíveis de sigilo, aí estaria a tratar de *informational privacy*<sup>65</sup>.

Não obstante o citado caso judicial não constituir o ponto de partida da *privacy* nos Estados Unidos, o seu relevante papel é comumente citado nos casos envolvendo *decisional privacy*, além de ser considerado agente indutor da transformação do *right to privacy* num *fundamental right*, em outras palavras, trata-se da evolução de um *tort* para um *right* com consagração constitucional<sup>66</sup>.

Nesse sentido, o senador norte-americano Sam Ervin apresentou a proposta S. 3416 que se revelou como a principal referência de propostas legislativas para os participantes de *hearings*<sup>67</sup>, espécie de audiência pública no parlamento daquele país.

Naquela ocasião, apresentou o *right to privacy* como “direito de natureza constitucional”, cujo reconhecimento decorre da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso *Griswold v. Connecticut*. Ainda acrescentou que, não obstante não estar consagrada expressamente, a Constituição norte-americana *creates a right to privacy which is designed to assure that the minds and hearts of Americans remain free*<sup>68</sup>.

Para ficar mais clara a distinção entre a *decisional privacy* e a *informational privacy*, convém apontar – principalmente para aqueles que estão submetidos a regimentos lastreados na proteção de dados, no caso do presente estudo, cingindo-o aos cidadãos da União Europeia, sem se olvidar

---

<sup>65</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 366.

<sup>66</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 368.

<sup>67</sup> *A hearing is a meeting or session of a Senate, House, joint, or special committee of Congress, usually open to the public, to obtain information and opinions on proposed legislation, conduct an investigation, or evaluate/oversee the activities of a government department or the implementation of a Federal law.* ESTADOS UNIDOS. Conceito de “hearing”. Sítio eletrônico do Governo dos Estados Unidos da América. <https://www.govinfo.gov/help/chrg>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019.

<sup>68</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 419.

que existem outros em igual situação<sup>69707172</sup> – o avanço perpetrado pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE<sup>73</sup> em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH<sup>74</sup> ao estabelecer, no seu art. 8º, disposição relativa à proteção de dados de forma distinta da proteção da vida privada prevista anteriormente pela citada Convenção<sup>75</sup>.

Vide, portanto, que a previsão da CEDH tinha relação mais próxima com a *decisional privacy*, ao passo que, não parece desarrazoado

<sup>69</sup> BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

<sup>70</sup> ARGENTINA. *Ley nº 25.326, de 30 de octubre de 2000 – Ley de Protección de los Datos Personales*. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf). Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

<sup>71</sup> COLÔMBIA. *Ley Estatutária nº 1.581, de 17 de octubre de 2012 – Ley de Protección de Datos Personales*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#0>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

<sup>72</sup> Não é o propósito do presente estudo analisar todas as legislações nacionais sobre proteção de dados, tampouco sem tem inclinação mais para a *privacy* ou não. Contudo, como forma de demonstrar a importância do tema, convém colacionar informação prestada pela Comissão Europeia da Justiça, Consumidores e Igualdade de Género, a qual afirma que, atualmente, *mais de 120 países, de quase todas as regiões do mundo, possuem uma lei de privacidade de dados*. JOUROVA, Vera. *Proteção de dados: um movimento global para respeitar dados pessoais e aproveitar oportunidades de negócios*. [https://eeas.europa.eu/delegations/mozambique/46012/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-um-movimento-global-para-respeitar-dados-pessoais-e-aproveitar-oportunidades\\_pt](https://eeas.europa.eu/delegations/mozambique/46012/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-um-movimento-global-para-respeitar-dados-pessoais-e-aproveitar-oportunidades_pt). Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

<sup>73</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

Artigo 8.º

Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

<sup>74</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

<sup>75</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 49.

dizer, mormente quando se está a estudar especificamente a *privacy*, que a inovação trazida pela CDFUE se aproximou da *informational privacy*, a qual se aproxima mais do conceito de proteção de dados cunhado no ambiente europeu.

#### **2.1.1.2. Informational Privacy**

O conceito de *informational privacy* norte-americana está essencialmente vinculado às formas de tornar pública informação pessoal e começou a ser regulada no fim da década de 1960, embora com especial ênfase em 1974, por conta do caso *Watergate*, que afetou o governo de Nixon, pois, até aquele momento, as preocupações originárias centravam-se na informação recolhida por bancos, instituições de crédito e pela Administração<sup>76</sup>.

Um estudo do Congresso daquele país conceituou a *informational privacy* como *the capacity of the individual to determine what information about that individual will be collected and disseminated to others. Privacy also involves a subjective sense of self-determination and control over personal information*<sup>77</sup>.

Segundo conclusões de tal estudo, a recolha e o armazenamento de informação pessoal em computadores suscitava problemas de aceitação em um terço dos indivíduos. Identificou também que os progressos técnicos na área de informática não tinham sido acompanhados por uma produção legislativa apta a responder aos novos desafios da recolha e armazenamento de informação pessoal<sup>78</sup>, tendo consignado que, no contexto de uma sociedade mais complexa, *são pedidos aos Governos novos objectivos e à Administração Pública exigidas novas tarefas, [haja vista] cada vez mais informação ser*

---

<sup>76</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 401.

<sup>77</sup> ESTADOS UNIDOS. *Federal Data Banks and Constitutional Rights*, parte 1. Washington, 1974, p: ix. <https://catalog.hathitrust.org/Record/003214875>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 402.

<sup>78</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 403 e 406.

*necessária nas formas de intelligence records e de statistical records de modo a alcançar metas sociais e concretizar programas e políticas públicas*<sup>79</sup>.

Vale ressaltar que, apesar de a *informational privacy* se aproximar da proteção de dados adotada no plano europeu, o feixe de posições jurídicas que decorre da proteção de dados não corresponde, em sua inteireza, à *informational privacy*, motivo pelo qual os Estados Unidos não são considerados um país que ofereça “proteção adequada” ao direito da personalidade no que tange aos dados pessoais, como o faz a União Europeia por meio do Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD<sup>80</sup>. Talvez, por isso, a Cambridge Analytica tenha sido sentido tão à vontade para atuar da forma como atuou na última campanha presidencial daquele país.

## **2.2. O processo evolutivo do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito de proteção de dados pessoais**

### **2.2.1. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**

O tema em debate tem intrínseca ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, com o fito de permitir que conduza a sua própria existência, de tal modo que a liberdade pessoal constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Por conta disso, os textos constitucionais devem assegurar que o indivíduo não seja submetido a um grau de ignorância absoluta, o qual, de certa forma, afeta sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade de autodeterminação, bem como interfere na formatação da sua própria existência<sup>81</sup>.

As Constituições atreladas à ideia de Estado democrático de Direito têm os direitos fundamentais e os direitos humanos como históricos, ou

---

<sup>79</sup> ESTADOS UNIDOS. *Department of Health, Education e Welfare (HEW) – Records, Computers and the Rights of Citizens*. MIT, Massachussetts, 1973, p. 8. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 404.

<sup>80</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 428-429.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 348.

seja, nascem e se aprimoram de forma gradual, como conquistas das lutas por novas liberdades<sup>82</sup>. Dessa forma, os direitos fundamentais são emanção de determinados valores básicos, os quais, em conjunto com os princípios fundamentais do Estado, formam o núcleo substancial do Estado Democrático de Direito, considerado simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento de democracia<sup>83</sup>.

Não se olvida que há corrente doutrinária, como a capitaneada por Günter Dürig, e precedentes da jurisprudência alemã, para os quais o texto constitucional adotou um sistema de direitos fundamentais isento de lacunas, baseado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Contudo, tal teoria foi objeto de severas críticas, tendo em Hesse um dos maiores expoentes, e ao qual tem aderido a jurisprudência majoritária do Tribunal Federal Constitucional alemão<sup>84</sup>.

O citado crítico reconhece que os direitos fundamentais estão, em regra, agrupados em um catálogo. No entanto, esses seriam garantias pontuais, que se limitariam à proteção de determinados bens e posições jurídicas notadamente relevantes ou ameaçados. E prossegue a afirmar que a existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, a ausência de uma fundamentação direta de todos eles no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a estreita relação entre os direitos fundamentais e o restante das normas constitucionais, obstaculizam a existência de um sistema autônomo e fechado, ou seja, isento de lacunas<sup>85</sup>.

Ingo Sarlet, perfilhando-se à doutrina de Hesse, assevera que a diversidade de conteúdo do catálogo de direitos fundamentais, formado por um número sem precedentes de direitos de liberdade, concretizações do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais, dentre outros, obsta, em princípio, que se firmem critérios abstratos e genéricos, aptos a demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 72.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 70.

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 71.

construção baseada numa relação de generalidade e especialidade. Por conta disso, não é possível afirmar que todos os direitos fundamentais insertos na Constituição brasileira têm sustentáculo, ao menos de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo que ser reconhecido um mínimo de relevantes distinções quanto ao grau de tal vinculação<sup>86</sup>.

No que tange à Constituição portuguesa de 1976, Vieira de Andrade entende que alguns direitos fundamentais denotam explicitações de 1º grau da ideia de dignidade da pessoa humana, tais como vida, liberdade física e de consciência, dentre outras. Todavia, outros direitos de tal natureza apresentam-se tão-somente como uma decorrência desses direitos básicos, completando-os como explicações de 2º grau, consoante as circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas concretas de cada ordem constitucional<sup>87</sup>.

Assim, na linha das doutrinas brasileira e portuguesa trazidas à baila, não há que se falar num sistema de direitos fundamentais autônomo e suficiente, mas sim, aberto, flexível, em harmonia e em similar *status* com a inteireza da norma constitucional e com o contexto social que envolve determinado momento histórico<sup>88</sup>. Há que ser reconhecido, assim, seu duplo caráter a apresentar vetores objetivos e subjetivos, outorgando ao titular a possibilidade de imposição perante terceiros<sup>89</sup>.

Nesse sentido, a vertente objetiva seria decorrente da fusão entre as diferentes demandas sociais que informam e dão conformidade a todo o ordenamento jurídico, ou seja, está atrelada às relações entre Estado e sociedade. Por sua vez, a vertente subjetiva entende que os direitos fundamentais são substância de um estatuto jurídico dos indivíduos, o qual

---

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 71.

<sup>87</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 101. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 71.

<sup>88</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 85-86.

<sup>89</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10. Salvador: IDP, 2002, p. 2.



tutela sua autonomia, liberdade e segurança, seja perante o Estado ou entre si<sup>90</sup>.

Com amparo nesse entendimento, a atribuição de *status* subjetivo a determinado direito fundamental revela, na verdade, a viabilidade jurídica de exigência de concretização do direito por parte do titular, seja perante o Estado (eficácia vertical) ou outro particular (eficácia horizontal)<sup>91</sup>.

Não obstante o tema em questão se referir aos desafios do direito regulatório em decorrência do advento do *Big Data*, portanto, ao primeiro olhar, com proximidade com a eficácia vertical, haja vista analisar o exercício da função de regulador exercida pelo Estado e a eficácia da sua produção normativa, cabe apontar a igual importância do tema para a eficácia horizontal, pois, para aquela, quanto maior a desigualdade entre os membros de uma sociedade, maior será a necessidade de proteção do Estado na tutela dos direitos fundamentais envolvidos<sup>92</sup>.

Em prossecução, a doutrina entende que, no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, pode ser notada a relevância de três teorias: i) eficácia mediata-indireta; ii) eficácia imediata-direta; e iii) recusa de eficácia<sup>93</sup>.

A teoria da eficácia mediata-indireta encampa a tese de que existiria uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado, tornando-se eficazes entre os particulares posteriormente à aplicação, interpretação e

---

<sup>90</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 17-19. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016, p. 136.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 180-181.

<sup>92</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição – direito constitucional positivo*. 14. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 690.

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 126. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016, p. 136.

integração do direito privado aos direitos fundamentais<sup>94</sup>. Ou ainda, segundo Marcelo Novelino, isso ocasionaria uma relativização desses direitos em deferência à autonomia privada e a responsabilidade individual, cabendo ao Estado (legislador) a compatibilização dos direitos fundamentais às relações privadas, por intermédio de uma regulamentação em conformidade com os valores sociais<sup>95</sup>. É possível perceber aqui, a plausibilidade jurídica de o direito ser chamado a regular relações entre particulares quanto ao *Big Data* e seu uso desarrazoado, visando a citada compatibilização.

Quanto ao que vem a ser a vertente da eficácia imediata-direta, não há maiores dúvidas, pois ela seria decorrente da força normativa da Constituição, constituindo-se os direitos fundamentais em normas válidas para todo o ordenamento jurídico, refutando-se a concepção de direito privado fora da égide da Constituição<sup>96</sup>.

Vale ressaltar que há crítica quanto à vertente da eficácia imediata-direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual aventa a possibilidade de eventual esvaziamento da autonomia privada e de eventual despersonalização do direito privado, resultando em sobrepujança daqueles em relação a este<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 126. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal...*, p. 136.

<sup>95</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 232-233. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal...*, p. 136.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional...*, p. 126. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal...*, p. 137.

<sup>97</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 402. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In:

Por conta dos argumentos até aqui lançados, seria possível inferir que a opção pela eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais, além de apresentar dois argumentos jurídicos distintos, nos revela um cenário político e ideológico também de dúplice caráter, sendo possível a associação da primeira (eficácia direta) ao viés do Estado Social de Direito, objetivando um constitucionalismo de igualdade, enquanto a segunda assemelhar-se-ia ao constitucionalismo liberal-burguês. No entanto, tal relação não seria absoluta, pois mesmo no caso da eficácia indireta, seria perceptível o fenômeno da constitucionalização do direito, o que não se constitui em prática genuinamente liberal<sup>98</sup>.

Portanto, tem-se que os direitos fundamentais estão intrinsecamente associados à concepção de dignidade da pessoa humana, a qual, muito em decorrência do que ocorreu na Segunda Guerra Mundial, foi erigida à categoria como princípio de ordem política, com previsão na maior parte dos textos constitucionais contemporâneos<sup>99</sup>.

Dito isso, antes de se falar em autodeterminação informacional e proteção de dados, é de bom alvitre apontar tais institutos são decorrentes da criação e desenvolvimento dos direitos subjetivos, em especial, o direito da personalidade<sup>100</sup>.

No que toca a este último, convém apontar que este estudo não pretende delinear a sua complexa história de criação, pedindo-se vênias para recorrer a ela apenas quando se revelar interessante à compreensão do

---

SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal...*, p. 136.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: Revista Jurídica, v. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 82. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016, p. 137.

<sup>99</sup> GRIMM, Dieter. *A dignidade humana é intangível*. In: Revista de Direito do Estado, v. 5, n. 19-20, 2010, p. 4. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal...*, p. 137.

<sup>100</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 432.

contexto em que surgiu a proteção de dados no espaço europeu, o que se deu na Alemanha.

### 2.2.2. O direito fundamental da personalidade

Tendo sido demonstrada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento integrante dos mais diversos princípios fundamentais, apesar de ter sido reconhecido que nem todos têm, em tal previsão principiológica, ancoragem direta e expressa, convém passar para a análise específica do direito fundamental em torno do qual orbita a questão inerente à proteção de dados pessoais, qual seja, o direito da personalidade.

Em ensaio anterior ao Código Civil português de 1966, Manuel Gomes da Silva elaborou uma “concepção personalista de direito”, deslocando do seu estudo os direitos da personalidade, haja vista “implicarem uma revisão da concepção substancial da personalidade”. Assim, o núcleo da sua tese é a unidade pessoa-personalidade. O seguinte excerto ilustra bem o raciocínio por ele desenvolvido, para o qual a personalidade é condição inerente ao próprio homem como criatura de Deus: *os traços divinos que resplandecem no homem são os mesmo que aparecem na narração bíblica da acção criadora: majestade, transcendência, poder e vontade soberanos, isto é, personalidade de Deus*<sup>101</sup>.

Para Orlando de Carvalho, a pessoa antecede ao Direito. Dessa forma, *o Direito Civil é impensável sem o homem tout court, que pré-existe lógica e axiologicamente a toda a ordem jurídica concreta e que é a razão e a medida de toda a ordem social*<sup>102</sup>. Importante salientar que tal concepção de opõe à que exprime os direitos da personalidade como um mínimo necessário da personalidade do indivíduo<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> SILVA, Manuel Duarte Gomes. *Esboço de uma concepção personalista do Direito*. Reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: RFDUL (separata), vol. XVII, 1965, p. 55. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 761-762.

<sup>102</sup> CARVALHO, Orlando de. “Para uma Teoria da Pessoa Humana (Reflexões para uma dismitificação necessária)”, *O Homem e o Tempo – Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*. Porto: Fundação Engenheiro António Almeida, 1999, p. 534. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 762.

<sup>103</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. (Trad. port. de A. Vera Jardim e M. Caeiro). Lisboa: Morais Editora, 1961, p. 17. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e*

Rabindranath Capelo de Sousa entende que os elementos próprios da personalidade humana não podem impedir a constituição de um “todo individual”, tendo apontado o caráter unitário, complexo, integrado e dinâmico da personalidade humana, de forma que *toda personalidade humana é um ser com uma estrutura alargada, de teor racional, sócio-ambientalmente inserida e que abarca dois polos interactivos: o “eu” (enquanto conjunto de funções e potencialidades de cada indivíduo) e o “mundo”*<sup>104</sup>.

Apontando ser o direito geral da personalidade uma necessidade jurídica para o desenvolvimento da personalidade humana, Rabindranath Capelo de Sousa o configura como direito fundamental materialmente constitucional basicamente pelas seguintes razões: i) por a Constituição portuguesa consagrar o respeito pela dignidade e pelo desenvolvimento da pessoa humana; ii) pela recepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH; e iii) pela cláusula aberta do art.º 16.º, n.º 1, que inclui o art.º 70.º do Código Civil português<sup>105</sup>.

No que toca ao objeto do presente estudo, Rabindranath Capelo de Sousa entendeu haver uma “reserva dos dados pessoais informatizáveis” ao, com amparo no direito geral da personalidade, compatibilizar os ditames dos arts.º 70.º e 80.º<sup>106</sup> do Código Civil luso<sup>107</sup>.

---

*Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 762.

<sup>104</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 199-200. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 763-764.

<sup>105</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade...*, p. 620-627. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 764.

<sup>106</sup> Código Civil português – DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro:

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

**Artigo 80.º**

**(Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada)**

1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

<sup>107</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade...*, p. 320. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 764.

Paulo Mota Pinto, dizendo-se corroborado pela Revisão constitucional de 1997, que introduziu expressamente no art. 26.º, n.º 1<sup>108</sup>, o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, compreende que o direito geral da personalidade detém dupla dimensão e distingue “proteção da personalidade” da “liberdade geral de ação”<sup>109</sup>.

A doutrina de Nuno Pinto Oliveira estabelece que o “espaço normativo” do direito geral de personalidade requer dos princípios da concordância prática e da unidade da Constituição uma conformação entre a “autodeterminação ético-existencial do indivíduo e a autodeterminação ético-política da comunidade”. Contudo, em havendo eventual conflito, os direitos individuais deverão prevalecer sobre os interesse coletivos<sup>110</sup>.

Há que se mencionar também as lições de Pedro Pais de Vasconcelos, o qual, sem mencionar o direito geral da personalidade, estabelece a relação entre os direitos da personalidade civilmente e constitucionalmente reconhecidos, o que resulta num dever de respeito objetivo à “dignidade da pessoa humana” tanto por entidades públicas e privadas quanto pelos próprios indivíduos<sup>111</sup>.

Quanto à constante de criação de novos âmbitos de proteção, respaldando novos direitos, Orlando de Carvalho tece crítica no sentido de que o direito geral da personalidade não deve assumir o papel de receber todas as “manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana”<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Com crítica à alteração constitucional, vide NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 592.

<sup>109</sup> MOTA PINTO, Paulo. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil, ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 197 e ss; MOTA PINTO, Paulo. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*. BFD, vol. LXXVI, Universidade de Coimbra, 2000, p. 159-160. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 764-765.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral e a “Solução do Dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização do Direito Civil”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 592. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 765.

<sup>111</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 41. In: Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 765.

<sup>112</sup> CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Sumários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, p. 37. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 767.

Alexandre Sousa Pinheiro, em interessante conclusão, compreende o papel jurídico-político do direito geral da personalidade, que evoluiu em compasso com a constitucionalização da dignidade humana, da aplicação direta dos direitos fundamentais e da previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Contudo, segundo o ilustre autor, *a criação dogmática de instrumentos aptos a defender a integridade da pessoa não se compatibiliza com o excesso de “fórmulas de cúpula”. O princípio da dignidade da pessoa humana – na fórmula portuguesa – adquire uma capacidade fundadora na área dos direitos da personalidade enquanto tais*<sup>113</sup>.

Como visto, a corrente doutrinária capitaneada por Alexandre Sousa Pinheiro entende dever ser evitada a criação incessante de instrumentos destinados à proteção da pessoa, pois o princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de fazê-lo quando inexistir nomenclatura jurídica para determinado quadro do mundo da vida<sup>114</sup>.

No mesmo sentido, Menezes Cordeiro: *A materialidade da regulação jurídica traduz a vocação efectiva da Ciência do Direito para, em termos constituintes, resolver problemas concretos. [...] À medida que tais situações se compliquem ou que escasseiem normas patentes para o seu enquadramento, acentua-se a indeterminação conceitual, com um ampliar concomitante da liberdade do intérprete-aplicador, mas a saída que este venha a encontrar há de manter-se sempre nos parâmetros sistemáticos do ordenamento considerado*<sup>115</sup>.

No plano jurisprudencial, o Tribunal Constitucional português interpretou o art.º 1.º da Carta Magna como fonte do direito geral da personalidade, tendo sua fundamentação se baseado tão somente naquele dispositivo, o qual exprime que o referido direito geral consagra como “base” da República, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>116117</sup>.

---

<sup>113</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 767.

<sup>114</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 767.

<sup>115</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1254-1255. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 766.

<sup>116</sup> AMARAL, Maria Lúcia. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*. Coimbra: Almedina, 2009,

Após o longo arrazoado sobre as diferentes posições doutrinárias sobre acerca do direito geral da personalidade, alinhamos com o entendimento de Alexandre Sousa Pinheiro, para o qual [a] *aproximação aos direitos da personalidade nos quais estão inseridos os direitos à vida privada, bem como o direito de protecção de dados, pauta-se, na perspectiva que sustentamos pelo recurso a “bens da personalidade” e não a corolários extraídos de um possível direito geral da personalidade*. Portanto, no que tange ao tema ora em estudo, estão em causa “direitos das pessoas singulares”, podendo-se considerar que os direitos da personalidade corresponderiam a “bens” que refletiriam “valores” inerentes à pessoa<sup>118</sup>.

Vale apontar ainda que, quanto à relação do sujeito com o direito da personalidade, a doutrina cunhou o “direito objetivo” e o “direito subjetivo” da personalidade como forma de determinar as áreas de disponibilidade patrimonial do direito quanto a um conjunto de direitos da personalidade como abarcam figuras como nome, imagem e o produto da atividade intelectual<sup>119</sup>, os quais têm intrínseca relação com a protecção de dados e a figura da “autodeterminação informacional”, a qual, no processo evolutivo da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, foi de suma importância para a elaboração do direito à protecção de dados e, por que não, do já aventado direito à identidade informacional.

---

p. 958. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 763.

<sup>117</sup> Eis interessante excerto do Ac. nº 6/84, de 18 de Janeiro, do Tribunal Constitucional:  
*De facto, tudo parece levar à conclusão de que a nossa Constituição admite e consagra um direito geral de personalidade.*

*O mais poderoso argumento pode equacionar-se assim: a nossa Constituição logo no seu artigo 1.º declara que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, logo acolhe o princípio de que a todo e qualquer direito de personalidade, isto é, a todo e qualquer aspecto em que necessariamente se desdobra um direito geral de personalidade, deve caber o maior grau de protecção do ordenamento jurídico, ou seja o que assiste aos direitos fundamentais, pois os direitos da personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel de pessoa como figura central da sociedade.*

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>. Acesso em: 2 de junho de 2019.

<sup>118</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 768.

<sup>119</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 768-769.



### 2.2.3. A autodeterminação informacional

A primeira aparição da figura da autodeterminação informacional ocorreu, no início da década de 1970, num parecer de caráter dogmático pedido pelo Ministério do Interior alemão a um importante grupo de peritos<sup>120</sup>.

Na linha da história, a lei federal alemã de proteção de dados, apesar de ter sido promulgada em 1977 – posteriormente revisada em 1990, e alterada em 1994, 1997 e 2002 –, só alcançou um desenvolvimento mais acentuado e uma articulação com a Lei Fundamental a partir da sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Federal a respeito da lei do censo populacional – *Volkszählungsurteil*<sup>121</sup>.

O caso referia-se à aprovação, em 1982, pelo Parlamento federal alemão de uma lei que convocava um plebiscito populacional a ser realizado no ano seguinte. Essa lei permitia que os dados recolhidos no censo fossem rastreados até os cidadãos recenseados e fossem empregados para outras finalidades que não o recenseamento, como, por exemplo, pelas autoridades locais para corrigir os cadastros de moradores dos Municípios, o que levou a ser questionada perante o Tribunal Constitucional Federal<sup>122</sup>.

A decisão, datada de 25 de dezembro de 1983, apoiou os propósitos estatísticos da lei, mas declarou que os direitos fundamentais dos cidadãos deveriam ser salvaguardados contra possíveis abusos. Assim, a transferência de dados obtidos no recenseamento do governo federal para autoridades locais foi declarada inconstitucional. A sentença do Tribunal Constitucional Federal anulou parcialmente a lei de censo populacional e forjou a noção de um direito constitucional de autodeterminação informacional,

---

<sup>120</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 464.

<sup>121</sup> CHAVES, Christian Frau Obrador. *A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)*. Revista da Advocacia-Geral da União, nº 113, jun. 2011. <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/5211353>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

<sup>122</sup> CHAVES, Christian Frau Obrador. *A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)...* Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

estruturando os fundamentos da proteção de dados alemã, que posteriormente serviu de base para a legislação comunitária<sup>123</sup>.

Dito isso, pode-se inferir que a estrutura procedimental da proteção de dados se pode autonomizar como um instrumento de concretização da “autodeterminação informacional”. Quanto a tal figura, convém citar que, *[e]nquanto a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento, ou seja, a autodeterminação informacional, exprime-se como uma liberdade*. Ainda segundo Alexandre Pinheiro, *[a] autodeterminação informacional reveste a natureza de posição jurídica complexa, abrangendo elementos próprios das diferentes posições activas – direitos, liberdades, garantias, poderes – que compõem dos direitos fundamentais*<sup>124</sup>.

#### 2.2.4. O direito à proteção de dados

A evolução tecnológica a partir do século XIX ensejou ampliação do rol dos bens jurídicos protegidos no que toca aos bens da personalidade, haja vista o advento de novos instrumentos anteriormente desconhecidos pelo Direito, como os gravadores de sons e máquinas fotográficas – só para mencionar os mais antigos desses aparelhos destinados a trabalhar com som e imagem – ter exigido que o Direito passasse a tutelar a defesa de tais bens da personalidade<sup>125</sup>.

Convém frisar, quanto à proteção de dados pessoais, que esta oferece naturais dificuldades de resolução, apesar de os conceitos básicos terem sido fixados em textos normativos sobre “dados pessoais” e “tratamento de dados pessoais”<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> CHAVES, Christian Frau Obrador. *A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)*... Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

<sup>124</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*..., p. 805.

<sup>125</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*..., p. 434.

<sup>126</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*..., p. 41.

Destarte, nota-se que figuras como a videovigilância, “mundos virtuais”, radiofrequência e as redes sociais, entre outras, têm lugar no espaço global da *privacy* e da proteção de dados<sup>127</sup>.

Com especial enfoque na imagem, Alexandre Sousa Pinheiro entende que o “direito à imagem” e o “direito à reserva da imagem” constituem um exemplo paradigmático para refletir as potencialidades regulatórias dos direitos da personalidade, bem como para estabelecer as linhas de contato entre aqueles e o que veio a ser tornar a proteção de dados pessoais<sup>128</sup>.

Cabe fazer uma ressalva no sentido de que, comumente, os direitos fundamentais são reconhecidos em decorrência do bem jurídico que tutelam: vida, integridade física, alimentação, religião, consciência, etc, pois a inclusão do bem jurídico traz consigo, em regra, o reconhecimento de um direito ou, em determinados casos, até mesmo a edição de uma norma<sup>129</sup>.

Enquanto a *privacy* adveio de uma criação jurídica de natureza doutrinária e jurisprudencial, a proteção de dados europeia se revela, de certa forma, como obra de uma *aristocracia da administração pública*<sup>130</sup>, podendo ser qualificada como um direito da personalidade que visa proteger um bem da personalidade composto por várias posições jurídicas<sup>131</sup>.

A construção dogmática da proteção de dados passa pela qualificação da natureza desse direito<sup>132</sup>. Além disso, é curial avaliar a dogmática própria da “proteção de dados”, no caminho de uma verdadeira posição jurídica complexa relativa à informação pessoal<sup>133</sup>. Tal construção deve avaliar a pertinência de se introduzir alterações em conceito básicos como a proteção de dados, tais como a própria noção de dado pessoal, *cujos*

---

<sup>127</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 41.

<sup>128</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 435.

<sup>129</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 429.

<sup>130</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 49.

<sup>131</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 803.

<sup>132</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 51.

<sup>133</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 51.

*elementos básicos – e sob os quais o conceito se construiu – de determinação e determinabilidade se encontram em crise, como resultado da evolução tecnológica e científica*<sup>134</sup>.

A análise primeira da proteção de dados deve ser no sentido de perceber que se trata de um direito de faceta procedimental, de forma a regular o tratamento de dados pessoais como um todo, que se inicia com a recolha, mas que pode ser concluído de diversas formas como com o registro, apagamento ou transmissão<sup>135</sup>.

Já a nomenclatura “proteção de dados”, mesmo que se utilize “dados pessoais”, não denota clareza total sobre qual o bem jurídico está sendo tutelado. Dessa forma, *com a proteção de dados, o direito em causa não qualifica, através da denominação, os “dados” em questão. Sobre o “objecto” da protecção de “dados” – quais os dados relativos “a quem” ou “ao quê” – desenvolveu-se o direito à autodeterminação informacional (informationelle Selbstbestimmung)*<sup>136</sup>.

Assim, no que toca especialmente ao avanço da tecnologia e os efeitos que causa sobre o direito da personalidade, teve-se por necessário alargar o conceito de tal direito, de forma a aceitar a pessoa humana como titular de um acervo de direitos, cujo danos suportados seriam sentidos não no plano físico, mas sim, na área imaterial da personalidade<sup>137</sup>.

Em razão de tal processo evolutivo, o instituto da personalidade tornou-se um bem como economicamente valioso, como pode ser percebido nas inúmeras possibilidades ofertadas para seu uso no ambiente da Internet, como inserir fotos nas redes sociais, em sítios eletrônicos ou a inserção de vídeos na mais diversas plataformas digitais. Nesse sentido, o direito à imagem e o direito à proteção da imagem apresentam-se como exemplo paradigmático que reflete as potencialidades regulatórias dos direitos da personalidade, bem

---

<sup>134</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 51.

<sup>135</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 805.

<sup>136</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 430.

<sup>137</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 432.

como estabelecem linhas de contato entre aqueles e a proteção de dados posteriormente cunhada<sup>138</sup>.

Não obstante a expressão alemã *datenschutz*<sup>139</sup> insinuar algo diferente, apresenta-se de bom tom apontar que o que recebe tutela jurídica não são os “dados”, algo passível de ser utilizado de forma sistêmica como bens, mas sim, o direito a determinar a finalidade e a ação exercida sobre os dados pessoais, ou seja, a proteção recai sobre os indivíduos, não sobre os dados. Assim, a proteção de dados deve ser qualificada como um *direito da personalidade*, pois alberga um “bem da personalidade” composto por várias posições jurídicas<sup>140</sup>.

Na esfera constitucional, a Constituição da República Portuguesa<sup>141</sup> aponta que a dignidade da pessoa humana é dos pilares deste Estado<sup>142</sup>, ou seja, seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões: como pessoa, como cidadão e como trabalhador<sup>143</sup>. Tal texto foi vanguardista na estipulação da proteção de dados pessoais em sede de direitos, liberdades e garantias, tendo incorporado um normativo sobre “utilização da informática” (art. 35.º), cuja epígrafe oculta um dispositivo que, desde a sua gênese, alberga a proteção de informação pessoal e que, desde 1997, faz expressa referência aos “dados manuais”<sup>144</sup>. Vale frisar que o direito

---

<sup>138</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 435.

<sup>139</sup> No campo doutrinário, a proteção de dados teve sua gênese no trabalho de Spiros Simitis, no Estado alemão de Hessen, que resultou na edição de uma lei material, na qual foi cunhada a expressão *Datenschutz*, que, em síntese, dizia respeito a regras de segurança para aplicação em sistemas de informática, visando oferecer proteção eficaz a dados armazenados, independentemente de sua natureza. PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 464.

<sup>140</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes*. AöR, nº 123, 1998, p. 520. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 803.

<sup>141</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Data de acesso: 10 de julho de 2018.

<sup>142</sup> Constituição da República Portuguesa  
Artigo 1.º

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>143</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. reimpres. Coimbra: Almedina, 2016, p. 347.

<sup>144</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 50.

à proteção de dados recebeu devido tratamento pela União Europeia, o que resultou no hodierno Regulamento Geral de Proteção de Dados, o qual será detalhadamente analisado mais à frente<sup>145</sup>.

Destarte, tem-se que, sob o prisma da estrutura constitucional lusa, a figura do *indivíduo conformador de si próprio, sem rasto axiológico predeterminado*. Dessa forma, a Constituição, tida como o *mais político* dos textos normativos de um Estado democrático, tem oferecido espaços de autoconformação, autodeterminação e de livre desenvolvimento dos indivíduos. Muito por conta disso, a dignidade da pessoa humana adquiriu na Constituição portuguesa de 1976 um caráter político-ideológico de enquadramento e gênese dos direitos fundamentais<sup>146</sup>.

Vale ressaltar que, no domínio dos direitos fundamentais, há que se considerar que o *forum internum* do indivíduo compreende o conjunto de posições jurídicas que respeitam às liberdades de autodeterminação, de compreensão e reserva da personalidade, da proteção dos aspectos relacionados com a exposição da personalidade através de disposições proibitivas inclusive no que tange aos dados pessoais, bem como seu exercício<sup>147</sup>.

Nesse sentido, a perspectiva adotada por Alexandre Sousa Pinheiro revela-se salutar, o qual entende que o *princípio da dignidade releva da sua natureza de “decisão política” fundamental integrada num quadro de valores “não decisionista”*. A *“dignidade decisão política” não ofende a “dignidade construção moral” ou “parametrização para o recto agir”, dado que*

---

<sup>145</sup> Diz o Considerando(4) do RGPD:

O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística.

<sup>146</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 787 e 796.

<sup>147</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 796.

*admitimos a influência da “dignidade valor” na construção da “dignidade decisão”*<sup>148</sup>.

Por outro lado, o mesmo autor não desconhece a existência de obras doutrinárias que questionam a aludida “natureza decisionista” do princípio da dignidade acolhido pelas constituições, alertando para o fato de que a “dignidade positivada”, com a qual se perfilha Alexandre Sousa Pinheiro, apresenta perigos que podem vir a suplantar a “verdade da dignidade humana”, antecedente ao Direito escrito e à concepção de Estado, e a vir a incorrer num “positivismo alheio à dignidade”<sup>149</sup>.

No que toca especialmente ao tema, qual seja, aos desafios enfrentados pelo direito regulatório por conta do advento do *Big Data*, o princípio da dignidade juridicamente construído através de uma decisão política revela, de sobremaneira, a intenção de dotar o Estado de posições gerais de respeito e ação no exercício de suas funções soberanas. A positivação, *in casu*, a edição de normas regulatórias com o escopo de evitar ou minimizar os potenciais efeitos nefastos à identidade informacional não significa um *esbulho antropológico*: o ser humano não fica subtraído à possibilidade de construir o seu destino dentre de qualquer quadro moral de acção e formação<sup>150</sup>.

Assim, a proteção de dados originalmente pretendida não se transformou inteiramente num objetivo desatualizado, mas passou a ser um entre os vários desafios a serem devidamente enfrentados e regulados pelo Direito no que concerne aos direitos dos titulares de informação pessoal nesses novos tempos cibernéticos.

Por conta disso, revela-se salutar avaliar a evolução de um direito à proteção de dados, cujo valor fundamental era a autodeterminação informacional, para um direito à identidade informacional, não se olvidando que todos têm sustentáculo no princípio da dignidade humana. Contudo, há de se ressaltar que tal *evolução dogmática não deve obscurecer construções*

---

<sup>148</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 783.

<sup>149</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 783.

<sup>150</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 784.

*desenvolvidas no âmbito do direito à proteção de dados – nomeadamente a centralidade do princípio da finalidade – que permanecem actuais com adaptações mínimas*<sup>151</sup>.

### **2.2.5. Sugestão de evolução do direito à proteção de dados para o direito à identidade informacional**

Em interessante reflexão, Alexandre Pinheiro propõe a superação da proteção de dados para o “direito à identidade informacional”. Reconhece que a autodeterminação informacional implica todas as possibilidades de um *facere*, de uma liberdade comunicacional, sem, contudo, perder uma característica nata, a defesa da personalidade do indivíduo. No entanto, o novo contexto social em que vivemos requer intervenção do Direito para enfrentar os desafios que se apresentam, o que, *in casu*, decorreria do alargamento do direito à proteção de dados, o que ele denominou de “direito à identidade informacional”<sup>152153</sup>.

Tal arrazoado decorre do fato de entender que, nesse novo cenário em que a informação circula, não é possível manter os quadros operativos da proteção de dados, tampouco da autodeterminação informacional. Assim [a] *a transformação de maior relevo respeita ao paradigma do princípio da finalidade e à concepção lata do conceito de tratamento*<sup>154</sup>.

Isso decorre do fato de a “finalidade” ser a justificativa para se proceder a determinado “tratamento de dados”, ou seja, somente após o apontamento da qualidade dos dados e, portanto, da identificação da característica de adequação e pertinência, seria possível delimitar os

---

<sup>151</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 777-778.

<sup>152</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 810.

<sup>153</sup> Dispõe Alexandre Pinheiro:

O ‘direito à identidade informacional’ exprime-se dentro de um mundo em que, tal como o direito à protecção de dados, o “computador” permanece com o “problema”, não já frente ao poder político ou de privados, mas no ‘universo comunicacional’ povoado por pessoas com uma grande capacidade de agressão de direitos alheios relacionados com informação individual directa ou indirectamente recolhida.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 810.

<sup>154</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 811.



responsáveis pelo tratamento. Esse foi o paradigma clássico em que se desenvolveu a proteção de dados, pois a autodeterminação informacional, fundamento daquela e que consiste numa liberdade, se baseia no binômio consentimento-finalidade<sup>155</sup>.

Na linha do seu raciocínio, a relação entre o consentimento e a finalidade pressupõe o cumprimento do direito à informação, no qual reside a liberdade de consentir, mas não o direito de acesso àquela. Dessa forma, [S]e *o direito de acesso reveste uma natureza garantística, o direito de oposição não se enquadra na autodeterminação informacional, dado que pode haver situações em que exista tratamento de dados sem consentimento*. Vide, como exemplo, a intervenção das entidades de proteção de dados, dotadas de competências fiscalizadoras decorrentes de uma garantia institucional<sup>156</sup>.

O mesmo decorre do *Big Data*, pois a sua operação, em síntese, se dá com base na compilação e análise conjunta dos mais diversos dados e das mais diversas origens. Neste caso, o consentimento pode ter sido dirigido a cada um desses dados individualmente, os quais também devem ter por individualizados seus responsáveis pelo tratamento. Contudo, são inúmeras as possibilidades do *Big Data* e seria ingênuo achar que sua operação vai se basear sempre em dados consentidos.

Sendo assim, o modelo de proteção de dados baseado apenas referido binômio não é extremamente eficaz no atual cenário fático, pois que os novos fatos colocam em risco a vida privada e os elementos de identificação pessoais que, agregados por meio de algoritmos, podem expor por completo a personalidade dos indivíduos. Sobre a realidade do mundo virtual, afirma que *[a] sacralização do consentimento constitui uma das ilusões mais correntes na história da protecção de dados e adquire características de puro logro quando aplicado à Internet, nomeadamente às redes sociais*<sup>157</sup>.

Assim, o “direito à identidade informacional” albergaria os elementos informativos existentes “sobre” a pessoa, independentemente do

---

<sup>155</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 809.

<sup>156</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 809.

<sup>157</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 812.

meio de onde extraídos e teria extensão mais ampla do que o “puro conhecimento”. Seria parte de um núcleo de direitos relacionados com a identidade pessoal, a proteção de dados pessoais e o desenvolvimento da personalidade, que recebeu assento na Constituição portuguesa na Revisão de 1997, tendo integração constitucional por meio do seu art.º 35.º e, especialmente, do art.º 26.º. Em tom de esclarecimento, afirma que o “direito à identidade informacional”, apesar de abranger os aspectos próprios da proteção de dados, acabaria por excedê-lo, aproximando-se dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, no que concerne ao campo dogmático, deteria natureza de direito da personalidade<sup>158</sup>.

Não obstante a interessante reflexão de Alexandre Pinheiro, convém apontar que, ao menos expressamente, o RGPD não acolheu tal direito, tendo conduzidos seus ditames com base no direito à proteção de dados, o qual, por conseguinte, servirá de baliza para o desenvolvimento do restante do estudo.

Como visto, a *informational privacy* e a proteção de dados pessoais são construções jurídicas – direitos, liberdades e garantias – que têm como escopo o combate à “pessoa objeto” e as consequências que adviriam dessa concepção. O receio do totalitarismo através do conhecimento do “indivíduo-todo”, *in casu*, por meio das ferramentas do *Big Data*, acompanhada da mudança de costumes, pode incorrer na desagregação dos valores individuais, fenômeno paralelo à dissolução de soberanias nacionais<sup>159</sup>.

Como visto, a *privacy* e a autodeterminação informacional – esta, no plano europeu, como fundamento da proteção de dados – são elementos necessários a sociedade democráticas, havendo que serem protegidas das incertezas dos novos tempos – com estreita vigilância dos avanços tecnológicos e do afrouxamento de valores. Em substituição aos temores acerca do desconhecido, intimamente ligado às inevitáveis inovações tecnológicas, deve-se conceber novos quadros dogmáticos de análise, restrição e limitação dos direitos fundamentais e da composição das referidas

---

<sup>158</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 818.

<sup>159</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 106.

posições jurídicas em estruturas complexas de análise. Em outras palavras, o cenário fático em que vivemos e os “novos perigos” para a *privacy* e a proteção de dados clamam ao Direito por respostas diferentes, não a rendição perante novas dificuldades<sup>160</sup>.

Assim, é ponto nodal do presente estudo a verificação se o direito regulatório, em especial o RGPD, tem conseguido fazer frente aos desafios lançados pelo *Big Data*, ou se é salutar pensar-se em resposta distinta da ora fornecida pelo direito à proteção de dados<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 69.

<sup>161</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 50.

### **3. O ATUAL QUADRO REGULATÓRIO EUROPEU EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS NO CONTEXTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS DIGITAIS**

A realidade criada pelo incremento dos meios de comunicação em termos globais, que se alimenta da rápida circulação de informação, cujo componente pessoal é peça fundamental, e a praticamente inexistência de fronteiras no universo cibernético denotam a primazia da Teoria Geral do Estado ao presente estudo, especialmente, no que concerne à tentativa de controlar fluxos de dados com mecanismos vinculados à ideia de territorialidade estatal e à verificação se tal processo ocasiona diminuição do papel do direito na proteção dos direitos fundamentais.

Assim, antes de discorre sobre o direito regulatório na União Europeia em matéria de proteção de dados, com especial enfoque no RGPD, apresenta-se salutar revisitar a aludida Teoria, com o fito de aferir como o Estado se comporta e como, em tese, deveria se comportar para fazer frente aos desafios dos tempos atuais.

#### **3.1. Análise crítica do Direito Regulatório à luz da Teoria Geral do Estado**

Antes de se passar à análise crítica do atual estágio enfrentado pelo Estado democrático de Direito, é curial repisar – de forma apenas introdutória, pois mereceria tratamento especial em estudo que o tivesse como foco – seus conceitos já sedimentados, a fim de verificar se, da forma como foram concebidos, aquele está a conseguir atingir o mister para o qual foi instituído.

Em apertada síntese, a evolução do Estado para o paradigma do Estado Democrático de Direito denota a superação dos modelos do Estado Liberal e do Estado Social. Assim, o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não permite mais que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou

Liberal, nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado, consoante o Estado Social<sup>162</sup>.

Assim, o ente estatal, na sua forma democrática de Direito, é fruto desse contexto histórico de reconhecimento da complexidade social, e acolhe e desenvolve uma miríade de novos direitos, que superam a clássica distinção entre público e privado, para descolar o público do estatal e consagrar os direitos que não têm nem o privado nem o Estado como titular, e que obrigam o Estado e o cidadão<sup>163</sup>.

Ainda segundo o aludido autor, *os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se*. E continua a afirmar que os direitos fundamentais se desdobram em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração<sup>164</sup>.

Os direitos de primeira geração, direitos da liberdade, são os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem a um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no mundo ocidental<sup>165</sup>.

Os direitos de segunda geração podem ser entendidos como os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, como produto da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 167. In: PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social*. [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-orian-piske#\\_ftn4](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-orian-piske#_ftn4). Acesso em: 20 de abril de 2019.

<sup>163</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 545.

<sup>165</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

<sup>166</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

Os direitos fundamentais de terceira geração são decorrentes da consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de desenvolvimento. Tais direitos permitiram que, em seguida, fosse buscada uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida, que se assenta sobre a fraternidade, a qual não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Destarte, os direitos de terceira geração dizem respeito ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação<sup>167</sup>.

Os direitos fundamentais de quarta geração dizem respeito ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta e humanista do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de conveniência<sup>168</sup>.

Como visto, tais esforços, no âmago do Estado Democrático de Direito, têm como escopo a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Em outras palavras, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático, sob a égide dos direitos de cidadania<sup>169</sup>.

Dito isso, a ideia de Estado na sociedade plural é tema deveras importante para a Teoria Geral do Estado e de grande valia para o presente estudo.

Segundo Rogério Ehrhardt Soares, a tradicional oposição entre Estado e indivíduo tem sido substituída por um sistema triangular Estado – grupo – indivíduo, não faltando opiniões no sentido de que o segundo elemento, qual seja, o grupo, tem se tornado hipertrofiado e passando a ser

---

<sup>167</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

<sup>168</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

<sup>169</sup> PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social...* Acesso em: 20 de abril de 2019.

elemento decisivo da nova arrumação política moderna<sup>170</sup>. Por igual turno, mencionando o caso alemão, Eschenburg entende que o Estado tem se tornado em *federação de grupos*<sup>171</sup>.

No mesmo sentido das aludidas opiniões acima mencionadas, convém trazer à baila excerto da doutrina do ilustre professor português, datada da década de 1960, mas que parece ter sido escrito nos dias atuais, *litteris*: [n]a maior parte destas afirmações ou noutras idênticas está subjacente um mal disfarçado desespero perante uma situação que se acredita patológica e irreversível. Os grupos aparecem como um corpo estranho que definitivamente rompeu o equilíbrio entre o Estado e o homem ou, como também pode valer, entre o Estado e a sociedade de pessoas<sup>172</sup>.

Para as aludidas correntes que apregoam certa desidratação do Estado, há, hoje em dia, uma auto-organização da sociedade através dos grupos, sendo que esse ente estatal desideologizado deixa de encontrar uma diretriz para a conformação da sociedade, limitando-se a desempenhar tarefas que não são as ordinariamente objeto da sociedade, tais como política internacional, proteção de vulneráveis, etc., ou a atuar onde as forças associativas – os citados grupos – são demasiadamente fracos ou não têm interesse de se organizar<sup>173</sup>.

Assim, a importância do direito regulatório quanto ao tema reside no fato de que a sociedade não consegue se autocontrolar, ou seja, deixar a seu bel-mercê o uso e aplicação dos dados oriundos do *Big Data*, como se fosse possível que grupos, aqueles citados na doutrina de Rogério Ehrhardt Soares, se autorregulassem, pois isso representaria uma nova espécie de totalitarismo estatal decorrente de uma anarquia de grupos, (...) *que não conhece limites às suas pretensões e acredita ou finge acreditar em que os valores últimos da coisa pública se prosseguem numa luta entre as várias figuras organizatórias da sociedade, numa luta cujo resultado, com ingênuo optimismo, se crisma de <equilíbrio> ou <composição de interesses>. A*

---

<sup>170</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida Editora, 1969, p. 111.

<sup>171</sup> ESCHENBURG, Theodor. *Herrschaft der Verbände?* – Ed. 1963, p. 82 in EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 111.

<sup>172</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 112.

<sup>173</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 113.

*consequência final será a mesma: um poder sem barreiras, a não ser as dos factos, e uma pretensão ao domínio da totalidade da vida*<sup>174</sup>.

Vale ressaltar que a posição de tais grupos tem esteio na mesma base histórico-espiritual comum: a crença de que o Estado é um aparelho de constrangimento e opressão ao serviço dum quadro de interesses que não encontra espelho no da sociedade<sup>175</sup>.

Nesse sentido, urge frisar que sociedade se auto-organizando, ou seja, sem Estado ou com Estado despoliticizado, posto apenas a serviço dos interesses imediatamente definidos nas contraposições sociais, são concepções equivalentes e com a mesma raiz. Assim, reconhecer a estrutura pluralística da sociedade atual não significa admitir a insignificância do ente estatal ou a sua desmontagem antes de estar consumada, o que equivaleria a aceitar, de braços cruzados, a marcha de um processo que pode, em tese, terminar na neutralização ou destruição definitiva da máquina política<sup>176177</sup>.

A relação entre sociedade e Estado no mundo atual, especialmente no que concerne aos avanços tecnológicos, no caso do presente estudo, ao uso do *Big Data*, apresenta desafios como o de distinguir a atuação de ambos os citados atores, definindo-se cuidadosamente a sua relação, a qual se materializa em ordenação, de aproximação contraposta, e influência, mas na permanente distinção decorrente da dicotomia direito público – direito privado. Assim, um dos desafios dos dias atuais é construir o Estado, de forma que a sociedade se sinta nele representada, não havendo mais espaço para o Estado do príncipe das concepções iluministas, mas sim, um Estado do ela é parte ou membro<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 115.

<sup>175</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 115.

<sup>176</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 117-118.

<sup>177</sup> Eis interesse reflexão de Rogério Ehrhardt Soares, o qual foi preciso ao antever:

*Ora, essa perda significa com certeza a aniquilação do homem. É que no nosso tempo o perigo para a liberdade não surge como noutras épocas só da actividade do Estado, mas da integração forçada do homem na teia dos conflitos sociais cristalizados em tensões de grupos. E como esses grupos estão empenhados na defesa de interesses egoísticos ou ao menos de âmbito sectorial, torna-se necessário encontrar no Estado um apoio duma concepção unitária do homem e dos seus valores.*

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 118.

<sup>178</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 121.



Tal reflexão nos conduz também a um conceito de Estado como função da sociedade, não no sentido de que há uma sociedade auto-equilibrada por forças próprias e com a sua própria lógica interna, a qual procura transformar a máquina política na espécie de instrumento a seu dispor. O que se pode admitir com tal conceituação é que essa relação gere um Estado como sistema regulador de uma parcela do agregado social<sup>179</sup>.

Com tal concepção afasta-se a ideia de que há identificação totalitarizante entre Estado e sociedade, uma vez que o Estado não se constrói com a pretensão de comandar a totalidade do ser social, mas somente como o processo e especial modo de coordenação para um fim do setor jurídico da vida da sociedade. Dessa forma, tem-se que, ao lado do Estado, e perseguindo fins próprios, há outras instituições, com o seu particular quadro de legitimações, de caráter religioso, cultural e econômico<sup>180</sup>.

Por isso, entende-se que aquele especial setor de funções a que nominamos de Estado influi ou controla a sociedade, mas tais fenômenos apenas se dão no sentido de que aquele tão somente dá azo à unificação da ação de uma teia mais ou menos larga de relações que se desenvolvem na sociedade e assim não são identificáveis com a totalidade do corpo social. Nesse sentido, Ehrhardt Soares entende que *O Estado é um sistema regulador “na” sociedade, não “da” sociedade*<sup>181</sup>.

Esse entendimento, todavia, não resolve um ponto sensível dessa relação, qual seja, o reconhecimento de que o sujeito privado faz parte do Estado, ou de que o Estado não se trata de um simples ente regulador. Destarte, o cidadão está subordinado ao Estado, mas aquele também está dentro desse<sup>182</sup>.

Em assim sendo, Ehrhardt Soares, recorrendo à lição de Martin Drath, sugere que a solução de tal imbróglio passa pela construção de um conceito amplo de Estado, *em que já não se pretende mostrar um corte das relações sociais, mas o especial aspecto da totalidade da sociedade que nós*

---

<sup>179</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 125.

<sup>180</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 125.

<sup>181</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 126.

<sup>182</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 126-127.

denominamos o político. Com isso, incorpora-se ao conceito de Estado a concepção de que o indivíduo ou os grupos exercem certas atribuições que, dentro de um quadro geral da sociedade, se colocam em paralelo com os desempenhados pelo sistema-regulador-Estado e com ele articulados na tentativa de conseguir um equilíbrio político. Como exemplo, teríamos o cidadão como eleitor, ou a participação ativa dos grupos num quadro de formação jurídica da chamada vontade estatal<sup>183</sup>.

Em interessante síntese, o conceito amplo de Estado não se opõe à sociedade, nem o Estado tem receio em relação àquela. Na verdade, ele pode ser considerado a própria sociedade. Contudo, cabe frisar que não no sentido de que haja identificação com qualquer grupo de pessoas ou com a personificação do grupo, mas sim, no sentido de que, com isso, se revela possível demonstrar a existência de uma organização de relações que se orientam por valores políticos<sup>184185</sup>.

O questionamento sobre a forma como se estabelecem as relações entre o sistema-regulador do Estado e a sociedade, ainda mais nos tempos atuais, tem provocado reflexões doutrinárias há algumas décadas.

Nota-se, hoje, uma tendência de se aplicar à compreensão dos fenômenos sociais figuras que foram desenvolvidas na teoria da cibernética e

---

<sup>183</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 127.

<sup>184</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 127-128.

<sup>185</sup> Eis interessante reflexão de Ehrhardt Soares:

***Tal compreensão do Estado traduz-se no aproveitamento angular duma ideia geral de interpretação da sociedade: à medida que o ser social se vai diferenciando desenvolvem-se dentro dele sistemas que cada vez mais ganham contornos definidos. Ao lado dos aspectos políticos, organizam-se os sistemas económico, religioso, cultural. Cada um deles manipula factos que em princípio só têm relevo na integração do particular conjunto de regras que apontam à sua finalidade cardeal.***

*Cria-se uma separação horizontal da sociedade em sistemas que, ao especializarem-se, mutuamente se descarregam de tarefas. A racionalidade política ou económica apaga, assim, ligações religiosas; e por outro lado a religião dispensa-se de explicar ou justificar catástrofes económicas ou políticas. Todavia entre os vários sistemas tecem-se teias pluriformes de relações que fazem com que um sistema acabe por ser tocado pelos aspectos globais doutro sistema ou por acções individualizadas que teriam neles o seu sector primário.*

*Por isso pode compreender-se que seja lícito falar numa sociedade como domínio do político, na qual estão presentes comportamentos que se ordenaram especificamente noutros sectores funcionais e depois foram traduzidos para acções políticas (grifos acrescentados).*

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 128.

da informação<sup>186</sup>. Nessa esteira, Knapp aponta três interesses fundamentais no estudo da cibernética pelos juristas:

1.º - *Investigação das possibilidades da nova ciência na teoria do Estado e do Direito (... que auxílio pode dar à compreensão dos seus problemas).*

2.º - *Avaliação do uso das máquinas cibernéticas na preparação e aplicação do direito.*

3.º - *Aplicação da teoria da informação ao funcionamento da sociedade*<sup>187</sup>.

Dito, isso, uma forma de tentar entender os efeitos do *Big Data* no mundo atual e seus reflexos nas relações jurídicas decorre das lições de Norbert Wiener, o qual deu, recorrendo à teoria cibernética e da informação, cunhou o conceito de *entropia*, que estabelece que se pode efetivamente aceitar que as organizações sociais estão sujeitas, como tudo no mundo, a uma lei de probabilidade crescente cuja medida seria a *entropia*<sup>188</sup>.

Vale esclarecer que, em tais sistemas limitadores, a *entropia* não cresce enquanto a organização se desenvolver, o que enseja constante informação. Assim, com o fito de obstaculizar a tendência de se deteriorar o *status quo*, cada organização procura, através das mensagens do ambiente, adaptar-se às suas contingências<sup>189</sup>.

No entanto, entre as contingências do ambiente inscrevem-se as modificações que ele sofre com a própria ação do organismo. Dessa forma, os organismos destinados à ação, para estarem em pleno funcionamento, têm necessidade de captar as mensagens que se referem aos resultados da sua

---

<sup>186</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 128-129.

<sup>187</sup> KNAPP, Viktor. *Théorie du droit et cybernétique in Études juridiques offertes à Léon J. de la Morandière*, 1964, p. 233 e segs. In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 129.

<sup>188</sup> Segundo Wiener: (...) *a medida em que o mundo “envelhece” e a entropia se torna maior, ele e todos os sistemas fechados que existem no seu seio tendem a perder os caracteres distintivos e a avançarem do menos provável para o mais provável, a avançarem dum estado de diferenciação, em que as organizações e as formas existem, para um estado de caos uniforme. Neste universo em decomposição podem encontrar-se, porém, enclaves locais onde a entropia decresce e a vida se refugia.*

In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 129.

<sup>189</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 129-130.

própria ação, para, por conta de tais mensagens, alterarem o seu comportamento. Tal processo é chamado de retroação, ou ainda, *feedback*<sup>190</sup>.

Nessa toada, reconhecendo-se que o *Big Data* está envolvido num processo de *entropia*, é salutar que o direito regulatório esteja em constante adaptação para tentar evitar a evolução de tal processo, ou seja, segundo as palavras de Ehrhardt Soares, *o organismo que se auto-regula tem de dispor por isso dum mecanismo sensível às mensagens do mundo e capaz de introduzir essa informação no seu “modelo de acção”*.

Note-se que esse raciocínio atrelado à ideia de *entropia* a qual, em outras palavras, seria o resultado da probabilidade crescente de um determinado sistema fechado – *in casu*, podemos citar o Estado e sua regulação – de, à medida que o tempo passa, perder caracteres distintivos e, de certa forma, um pouco de sua força regulatória por conta de novidades tecnológicas, como o *Big Data*, as quais, segundo a doutrina de Norbert Wiener, podem ser apontadas como o *menos provável*, enquanto o ente estatal e seu *status quo ante* seria o *mais provável*, podendo vir a gerar um *estado de caos uniforme*, uma espécie de resistência à *entropia* crescente<sup>191</sup>.

Com base na Teoria de Wiener, é possível compreender de que modo vai se estabelecer um largo canal de influências entre o Estado como sistema regulador e a sociedade e se isso será afetado drasticamente por um processo de *entropia*, imerso na desorganização, que significa o definitivo e irremediável equilíbrio de tensões com a sua circunstância, *o caos da uniformidade amorfa, então tem de prover-se com um multivalente conjunto de aparelhagens de retroacção que lhe forneçam a mensagem permanentemente actual da sociedade, não apenas nas incessantes transformações espontâneas, mas ainda naquelas que constituem uma resposta ao seu agir*<sup>192</sup>.

No mundo atual, marcado por constantes transformações no ritmo e padrão de vida, muitas delas causadas pelos avanços tecnológicos, torna-se constantemente necessário fixar equilíbrio entre a definitividade do modelo de ação e a flexibilidade no desenho do modelo de adaptação às exigências

---

<sup>190</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 129.

<sup>191</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 129.

<sup>192</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 131.

mutáveis da situação. No âmago do Estado, isso se dá com a aparelhagem destinada a gerar legitimidade política através dum processo de trabalho das informações<sup>193</sup>.

Tal sistema de criação de legitimidade, o sistema político, tem influência em dois planos: i) o Estado-aparelho, onde se encontram órgãos próprios de registro e fixação da legitimidade, os quais exercem quase totalmente a função legislativa, e ii) a sociedade, com seus indivíduos e grupos, suas opiniões, seus anseios, podendo ser considerado o *setor político da opinião pública*<sup>194</sup>.

Não obstante a forte presença da sociedade e sua influência – com suas antinomias e conflitos internos decorrentes da luta entre seus vários sistemas e grupos – sobre o sistema político e, de certa maneira, o Estado, há que se reconhecer que o destinatário último de todos os sistemas continua a ser o homem. E isso na sua ótica própria enquanto cidadão que projeta os seus comportamentos em globo no agregado social e, a depender das suas inclinações pessoais ou especial estrutura da sociedade, tende a reclamar da hipertrofia da sociedade ou do Estado<sup>195</sup>.

Destarte, se a evolução da organização social se apresenta como um processo de diferenciação de funções, tem-se que ele nunca vai se dar por acabado. Dessa forma, a reflexão acerca da consideração da sociedade como Estado, ou do Estado como sociedade política, decorre do fato de que não é aconselhável pensar em setor fechado da comunidade, no qual esteja inserido o cidadão eleitor, o partido político, determinado grupo de pressão, todos eles dispostos a influir e serem tocados pelo aparelho estatal. Não se deve olvidar ainda do impacto global de tal simbiose dos e nos sistemas da sociedade, o que nos revela que Estado e sociedade se identificam, porém, não no sentido de que o ente estatal seja sociedade como grupo ou a sua personificação jurídica, mas sim, no sentido de reconhecer que o Estado é a *dimensão política* da sociedade.

---

<sup>193</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 131.

<sup>194</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 133-134.

<sup>195</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 134.

Em relação ao tema em estudo, qual seja, o novel surgimento do *Big Data*, seus efeitos e as dificuldades criadas ao direito regulatório, essa concepção de Estado, apresentando-se como uma unidade política, dissolve contraposições Estado-sociedade, reconhecendo o Estado, enquanto dimensão política da sociedade, como um sistema regulador da existência daquela e dos entes que a compõem.

Ainda quanto aos avanços do mundo digital e a necessidade de regulá-lo, convém apontar que, à medida que a sociedade se diferencia, substituindo a sua efetiva ou suposta homogeneidade por uma diversidade de grupos com estrutura e interesses diferentes, algo cada vez mais em voga, se torna mais aparente a concepção de que é impossível admitir a sociedade como o sujeito de soberania, principalmente como o sujeito da soberania que decide, na sua manifestação cardeal de poder constituinte, em anterioridade ao decidido e em perfeita separação dele<sup>196</sup>. É salutar apontar que tal tese é a que, como ponto de partida na figura naturalística de povo, serve para fundamentar o decisionismo<sup>197</sup> de Carl Schmitt<sup>198</sup>.

Nesse processo de evolução, a nação é tida como a comunidade política que representa um processo de equilíbrio e composição de forças estabilizadas num momento que apenas metaforicamente poderá ser nomeado de decisão constitucional, cujo propósito maior é o de externar que o povo abraçou uma constituição. Todavia, apenas a partir desse momento de criação de um texto constitucional, que é a exteriorização dos anseios da sociedade, é

---

<sup>196</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 140-141.

<sup>197</sup> Nas palavras de Schmitt: *para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando.*

SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens* (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad. italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: *Le Categorie del "Político"*. Bolonha: Il Mulino, 1972, p. 261. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 32, abril de 1994. [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02). Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

<sup>198</sup> SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Munique e Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1928, p. 77. In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 140-141.

que a sociedade se transforma em comunidade política e a nação se apresenta na forma de Estado<sup>199</sup>.

Em suma, o que se tem é que o ato constituinte, ao realizar a composição de forças políticas, aponta os valores fundamentais que constituem o Estado e oferece uma Constituição material, que, ao fim e ao cabo, é a da própria sociedade enquanto ser político<sup>200</sup>.

A título de reflexão sobre o tema proposto e a dificuldade da enfrentada pelo Estado-regulador quanto aos efeitos do uso do *Big Data* nas mais diferentes esferas do convívio social e, em especial, nas eleições, é oportuno utilizar-se da doutrina de Ehrhardt Soares, para o qual o *problema das relações entre o Estado e a sociedade resolve-se numa identificação parcial, que é (...) a mesma que está suposta na cobertura incompleta dos conceitos da sociedade civil e sociedade. Os primeiros termos das dicotomias apontam para a totalidade sob o aspecto político, os segundos para a simples totalidade sem nenhuma iluminação especial*<sup>201202</sup>.

Ora, não obstante o indigitado autor está a elaborar seu raciocínio acerca da incapacidade de um texto constitucional esgotar determinado assunto, ou seja, regulá-lo na sua inteireza, até porque, em tese, espera-se que uma Constituição não seja extremamente analítica, entende-se que tal

---

<sup>199</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 141.

<sup>200</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 141.

<sup>201</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 142.

<sup>202</sup> Em prossecução do seu raciocínio exemplificativo, Ehrhardt Soares afirma que *a cautela que a partir daí se impõe de não estabelecer necessariamente uma sinonímia definitiva entre Estado e máquina governamental torna-se indispensável para resolver problemas que noutros sectores se levantam, como aquele, tão actual, duma constituição económica. Resultará do que se disse que a constituição económica que existe é a constituição do Estado, ou a constituição da sociedade, naqueles aspectos económicos que pertencem à definição do equilíbrio político fundamental. Julgou-se impossível constituir o Estado como um processo ordenado de convivências sem que fossem vertidos ou traduzidos em afirmações políticas alguns critérios racionais de ordenação do sistema económico. A constituição económica não contém a totalidade das regulamentações jurídicas do sistema económico, e o seu sentido material nem sequer cobre todo e qualquer preceito de intenção económica que se positivou na constituição escrita. Se uma lei fundamental sobre a economia não é uma constituição económica ou não faz parte dela, muito menos pertence necessariamente à constituição material económica.*

Os problemas não são só estes, todavia. Manifestam-se noutras questões que poderiam suscitar a curiosidade duma teoria do Estado. Paralelamente à constituição económica haverá uma constituição religiosa, afirmada em sentido positivo ou negativo, ou uma constituição cultural. E tantas quantas os sistemas ou ordenamentos gerais que um processo de especialização ou diversificação da sociedade possa vir a criar.  
EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 142-143.

entendimento também pode ser transmutado para o RGPD, no sentido de corroborar a tese de que, em alguns casos como o ora em estudo, as normas regulatórias não conseguem regular, de igual modo, a matéria em sua inteireza, até por conta do dinamismo inerente ao tema, pois o mundo digital passa por transformações diárias.

Não se pode olvidar de um outro problema da atual da concepção de Estado que é analisar em que medida a estrutura da nova sociedade, afirmada por toda a parte consoante várias invocações, pode afetar as finalidades do Estado no que toca à posição do homem<sup>203</sup>.

Tal tema tem primazia nos dias atuais por decorrência do fato de que a estrutura da sociedade e a intenção constitutiva dos Estados podem vir a afetar perigosamente a liberdade dos indivíduos ou daqueles enquanto formadores de determinados grupos<sup>204</sup>.

É consabido que o formato do Estado de Direito surgiu num clima de reação contra o absolutismo. Isso revela mais um daqueles quadros de construção do Estado moderno que têm sua gênese historicamente ligada a tal época e que põem o problema de ajustamento às circunstâncias do tempo em que vivemos. Assim, *<Estado de Direito> carrega-se dum sentido que ultrapassa os arranjos técnicos da defesa da liberdade, para exprimir uma fundamental intenção de independência do homem no seu mundo do económico e da cultura*<sup>205</sup>.

Nota-se, dessa forma, que o que se está em causa agora é mais do que uma subordinação do Estado ao Direito, ultrapassando-se a exigência de que o Estado atue na forma do Direito. É salutar que se observe a instauração de uma nova ordem em que o ponto fulcral tem amparo na ideia do primado do homem e dos seus valores e de uma sistemática compreensão dos fins do Estado, ou seja, *pari passu* aos elementos formais de um Estado de

---

<sup>203</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 162.

<sup>204</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 162.

<sup>205</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 162-163.



Direito há a necessidade de afirmação de toda uma construção material que venha a limitar internamente as possibilidades do querer do Estado<sup>206</sup>.

Dessa forma, deve-se evitar que o indivíduo ou determinados grupos sejam colocados em posição de expectativa complacente e tantas vezes agradecida frente a uma Administração complexa e proteiforme, com o seu direito desarticulado e assistemático, pois a prática diária é a de que o homem de hoje conta com a prestação da Administração como dados evidentes do seu dia a dia e perde a sensibilidade para perceber o que ocorre com o processo de dependência de que recolhe as vantagens<sup>207</sup>.

Urge salientar que a regulamentação desta quase que existência secundária do indivíduo, dependente do agir estatal, converte o direito num objeto de *consumo de direito*, idêntico aos objetos de *consumo de cultura* de que fala Habermas e, como eles, produzido em massa, para uma sociedade de massas, com a inevitável consequência de uma banalização do direito. Com isso, o direito perde seu mister originário de um instrumento de solução de conflitos para se apresentar como um simples veículo de direção, repartição e alcance de prestações, ou ainda, uma instrumentalização do direito<sup>208</sup>.

Resta claro que a figura do Estado vem sendo alvo de várias indagações, muito por conta das constantes transformações no modo de vida dos indivíduos, uma delas realizada silenciosa e ferozmente pelo *Big Data*.

Nessa linha, tem-se que, após o início do fenômeno da globalização – no qual a realidade criada em decorrência da incorporação do uso de algoritmos ao nosso modo de vida ainda não tinha a relevância que hoje assumiu –, os conceitos da Teoria do Estado passaram a ser alvo de uma reavaliação frente aos fenômenos políticos e econômicos que surgiram, tendo sido aventado que os processos ligados à democracia deveriam justificar os seus discursos em novas bases teóricas<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 165-166.

<sup>207</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 169.

<sup>208</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 169-170.

<sup>209</sup> FABRIZ, Daury Cesar; FERREIRA, Cláudio Fernandes. *Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1192/1125>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

Dessa forma, posições que propalam o fim do Estado-Nação e a relativização de conceitos como povo, soberania e território devem ser bem analisadas, a fim de se aferir se e, até que ponto, realmente esses conceitos devem ser relativizados e até que limite tais posições encontram-se comprometidas com a atual ideologia internacionalmente hegemônica, capitaneada pelos países economicamente desenvolvidos<sup>210</sup>.

Convém alertar que, como o presente estudo restringiu sua análise do direito regulatório à proteção de dados e ao *Big Data* no âmbito da União Europeia – com menção aos Estados Unidos da América apenas quando tratou da *privacy* – e como a evolução, em especial, do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito<sup>211212213</sup> apresenta-se aqui apenas como conhecimento histórico, adotar-se-á o Estado, na sua forma Democrática de Direito, como a figura do ente estatal.

Destarte, por conta de tal evolução, a Teoria do Estado em sua contemporaneidade, período também chamado de “Modernidade Tardia”, exige a superação do individualismo jurídico e o revigoramento das concepções sociais do direito, tendo como uma conclusão geral a necessidade de superação dos padrões atuais do pragmatismo, do formalismo e do monismo jurídico, haja vista tratar-se de rearticular o debate epistemológico da firmação e

---

<sup>210</sup> FABRIZ, Daury Cesar; FERREIRA, Cláudio Fernandes. *Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1192/1125>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

<sup>211</sup> Para José Afonso da Silva, *A configuração do 'Estado Democrático de Direito' não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do 'status quo'*. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

<sup>212</sup> Segundo Canotilho, *o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 231.

<sup>213</sup> - **Constituição portuguesa:**

Artigo 2.º

Estado de direito democrático

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

do reconhecimento do outro, sobretudo, diante de alguns institutos jurídicos da exceção<sup>214</sup>.

No cenário que se apresenta, o pluralismo político-jurídico, diante da temática soberana às Teorias do Estado, expressada, de alguma forma, na disputa por conservação da razão de Estado, congrega a luta por reconhecimento e, em especial, a reflexão sobre a existência no mundo dos fatos. Assim, trata-se de recompor o direito à vida. Por isso, o pluralismo político-jurídico requer um redimensionamento das Teorias do Estado habituadas à análise limitada à soberania da razão de Estado<sup>215</sup>.

Isso se traduz em um dos desafios lançados nesta atual fase da “Modernidade Tardia”, também denominada crise de civilização, em que a reformulação do Estado de Direito exige a recomposição da cultura como elemento social integrador<sup>216</sup>.

Segundo Vinício Martinez, *a sensação da crise, amplamente reconhecida por quem ainda se indigna com a injustiça social, no plano jurídico, remete à certeza de que vigora uma apreensão alienada, niilista, mesquinha do direito. A compreensão social do direito requer, sem dúvida, uma (re)abertura ontológica do ser para o Mundo da Vida, superando-se as desigualdades jurídicas*<sup>217</sup>.

A corroborar o arrazoado, salienta-se que o processo de integração europeu e o fortalecimento das organizações supranacionais deram azo a um quadro institucional complexo e dinâmico de tal forma, que as formulações científicas decorrentes do paradigma da modernidade, já não se fazem aptas a apreendê-las na sua inteireza, implicando numa revisão dos

---

<sup>214</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. *As teorias do Estado e a modernidade tardia*. Revista Quaestio Iuris, vol. 06, nº 2, p. 249. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9587/7422>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

<sup>215</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. *As teorias do Estado e a modernidade tardia...* Acesso em: 19 de abril de 2019.

<sup>216</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. *As teorias do Estado e a modernidade tardia...* Acesso em: 19 de abril de 2019.

<sup>217</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. *As teorias do Estado e a modernidade tardia...* Acesso em: 19 de abril de 2019.

conceitos essenciais da ciência política contemporânea, atingindo em cheio seu principal ícone, qual seja, o Estado nacional<sup>218</sup>.

Por conta disso, o conceito de Estado passa por uma crise de identidade e sobre suas finalidades, o que afeta diretamente os seus conceitos correlatos, como o de soberania e constituição. Destarte, a associação entre soberania e constituição, alicerçada sobre a máxima da dignidade humana, possibilita conservação da integridade do Estado-nação mesmo ante as profundas transformações havidas no interior do seu ordenamento jurídico<sup>219</sup>.

Tal assertiva tem como escopo de tentar de apreender (e abstrair) teoricamente o fenômeno político em marcha e de dar uma resposta satisfatória ao problema da identidade do Estado, reestruturando os elementos e instituições no âmbito do paradigma da modernidade<sup>220</sup>.

Como vimos, resta claro que a figura do Estado vem sendo alvo de várias indagações, muito por conta das constantes transformações no modo de vida dos indivíduos, uma delas realizada silenciosa e ferozmente pelo *Big Data*.

Nesse sentido, convém analisar se o direito regulatório referente ao tema proposto tem cumprido seu mister, haja vista ter sido assim concebido para dar conformações estatais aos anseios dos indivíduos – isso em consonância com a Teoria Geral do Estado acima mencionada –, pois cada mudança no modo, escopo ou nível de regulação impõe mudanças extensas na forma como políticas regulatórias são elaboradas e implementadas<sup>221</sup>.

Segundo Majone, o novo Estado regulatório que surge na Europa precisa não apenas de métodos atualizados, mas também de critérios normativos atualizados. Sobre tais critérios, diz que três deles desempenharam

---

<sup>218</sup> BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *Possui a União Européia uma autêntica Constituição? Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a.37, n. 147, jul./set. 2000, p. 154.

<sup>219</sup> BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *Possui a União Européia uma autêntica Constituição?...*, p. 154.

<sup>220</sup> BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *Possui a União Européia uma autêntica Constituição?...*, p. 154.

<sup>221</sup> MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado regulador*. Fundação Getúlio Vargas. Revista de Direito Administrativo, v. 262 (2013). <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898/7807>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

um importante papel no antigo Estado regulatório e, adequadamente reformulados, continuarão sendo importantes no futuro: independência, responsabilização e eficiência<sup>222</sup>.

Alertando sobre outras formas de atualização de normas regulatórias, com o fito de atualizá-las e manter a efetividade, informa, recorrendo à experiência norte-americana, que, com o crescimento da regulação social, a regulamentação (por exemplo, definição de padrões) tornou-se muito importante e, como consequência, as cortes americanas começaram a desenvolver um órgão de grande porte de novos requisitos procedurais e padrões rígidos de revisão judicial para tais procedimentos. Com isso, a *Freedom of Information Act* – Lei sobre Liberdade de Informação, em livre tradução – foi aprovada em 1966 e alterada várias vezes desde então<sup>223</sup>.

Atendo-se ao critério normativo da eficiência, entende que uma escolha política é eficiente se não houver disponível uma alternativa que seja universalmente preferível em termos das metas e preferências das pessoas envolvidas. Assim, a eficiência ou a ineficiência de uma escolha é sempre relativa a algum conjunto específico de indivíduos cujos interesses estejam sendo levados em consideração, e também relativa a um dado conjunto de opções viáveis. Segue-se que uma escolha eficiente pode tornar-se ineficiente quando mudam as pessoas ou as limitações, ou ambas, ou seja, talvez a limitação mais importante sobre a eficiência como um critério normativo é que esta pode não identificar uma posição exclusiva na fronteira da eficiência de Pareto<sup>224225</sup>.

Todo o arcabouço acima trazido à baila foi necessário para dar subsídio à aferição se normas adotadas no plano europeu para proteção de

---

<sup>222</sup> MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado regulador...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>223</sup> MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado regulador...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>224</sup> Eficiência de Pareto é um estado em que os recursos estão alocados da forma mais eficiente possível. Qualquer realocação dos recursos para melhorar a situação de um indivíduo irá necessariamente piorar as condições de outro indivíduo. No entanto, ao ser eficiente não necessariamente é igualitário. Além da aplicação econômica, o conceito também é utilizado em engenharia, informática e nas ciências sociais.

REIS, Tiago. *Ótimo de Pareto e eficiência dos mercados*. <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/otimo-de-pareto/>. Acesso em: 31 de março de 2019.

<sup>225</sup> MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado regulador...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

dados e do processo eleitoral estão conseguindo cumprir o seu mister, o que, ao fim e ao cabo, é o cumprimento da função estatal de tutelar as liberdades individuais, bem como a si próprio.

Sendo assim, consoante o estudo ora em curso, convém analisar a Declaração 2/2019 adotada pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados no dia 13 de março<sup>226</sup>, tendo ainda em consideração as medidas apresentadas pela Comissão Europeia em setembro de 2018<sup>227</sup>, bem como as conclusões do Conselho e dos Estados-Membros sobre a realização de eleições europeias livres e justas<sup>228</sup>, e a Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019<sup>229</sup>, da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal, relativa ao tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais e *marketing* político.

Isso ocorrerá com vistas a aferir se os dispositivos ali elencados são aptos a fazer uma regulação eficaz do uso do *Big Data* no que tange às campanhas eleitorais. Ressalta-se que as devidas menções aos regramentos de ordem constitucional e ao Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD e eventual outra norma sobre a matéria serão feitas à medida que dialogarem com os instrumentos acima mencionados, destinados especificamente às campanhas eleitorais, cerne do presente estudo<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> Declaração 2/2019 adotada pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados no dia 13 de março [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-22019-use-personal-datacourse-political-campaigns\\_pt](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-22019-use-personal-datacourse-political-campaigns_pt). Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>227</sup> Medidas apresentadas pela Comissão Europeia em setembro de 2018. Em especial, as Orientações sobre a aplicação da legislação da União Europeia em matéria de proteção de dados e a Recomendação sobre as redes de cooperação eleitoral, a transparência em linha, a proteção contra os incidentes de cibersegurança e a luta contra as campanhas de desinformação. [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-cybersecurity-electionsrecommendation-5949\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-cybersecurity-electionsrecommendation-5949_en.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>228</sup> Conclusões do Conselho e dos Estados-Membros sobre a realização de eleições europeias livres e justas. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6573-2019-REV-1/en/pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>229</sup> Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal. [https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz\\_1\\_2019\\_PropagandaPolitica.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz_1_2019_PropagandaPolitica.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>230</sup> Não constitui propósito do presente estudo a análise dogmática do RGPD em si, o que já foi feito em diversas obras cuja leitura se recomenda, tais como: PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018.

### 3.2. O tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais

Como mencionado anteriormente, a utilização dos dados tratados pelo *Big Data*, também conhecidos por metadados, causou uma mudança brutal do significado da privacidade, passando a ensejar a interpretação do conceito daquilo que é “informação privada” para muito além das simples “comunicações privadas armazenadas”. No atual cenário, nós, os indivíduos, podemos ser identificados por processos técnicos de alta complexidade e que são, em grande parte, de baixa visibilidade e *accountability*<sup>231</sup>, sendo que os metadados escapam do conceito legal de “comunicação privada armazenada” e podem dizer muito mais sobre a vida privada de um indivíduo do que o conteúdo de e-mails, por exemplo, estes sim, mais regulados pelo RGPD e normas correlatas<sup>232</sup>.

Volvendo-se ao cenário fático já delineado no primeiro capítulo, a coleta, armazenamento, análise e processamento desses metadados permite identificar e fazer inferências sobre os mais íntimos segredos do ser humano, utilizando-se, normalmente, de tipos especiais de informações, tais como: *endereços IP (Internet protocol); números MAC (media access control); ESN (electronic serial number); SPIN (service provider identification number), IMEI (international mobile equipment identity), EMSI (international mobile subscriber identity); cookies com dados de pesquisas em mecanismos de busca; informações de posicionamento por satélite transmitidas para fabricantes de smartphones ou tablets e inseridas automaticamente como metadados nas fotografias feitas nesses dispositivos; informações de localização das torres de transmissão próximas de terminais móveis de telefone e Internet; origem, destinatário e hora de telefonemas, envio de mensagens e e-mails etc*<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> BENNETT, Colin J... [et al]. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: AU Press, 2014, p. 74. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*. Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>232</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*... Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>233</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*... Acesso em: 10 de abril de 2019.

Vale ressaltar que essa lista – incompleta – é apenas um indicativo da quantidade de informações não protegidas pelo conceito de “comunicações pessoais armazenadas” que podem ser utilizadas para vincular qualquer indivíduo a um ponto específico no espaço e no tempo, além de permitir estabelecer sua rede de contatos e relacionamentos<sup>234</sup>.

Quanto à “definição de perfis”, os especialistas alegam que o uso de redes sociais aumenta ainda mais esse vínculo entre “real” e “virtual”, sendo que nenhuma dessas informações, aparentemente, está enquadrada no conceito de “comunicação privada armazenada”, o que significa que estão menos protegidas, ainda que sejam tão ou mais reveladoras que o tipo de informação referida pelo RGPD<sup>235</sup>. Destarte, se a finalidade dessa legislação é proteger a privacidade dos indivíduos, convém analisar se está a falhar no seu mister.

### **3.2.1. O Regulamento Geral de Proteção de Dados e o *Big Data***

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, reconhecidamente Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD, dispõe nos seus “Considerandos n.º 1 e 4” que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental, não obstante o direito à proteção de dados pessoais não ser absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Estabelece também que respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de

---

<sup>234</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>235</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.



informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística. Prevê ainda como princípios relativos ao tratamento de dados pessoais a licitude, a lealdade e transparência, a limitação das finalidades, a minimização dos dados, a exatidão, a limitação da conservação, a integridade e confidencialidade, e a responsabilidade pelo tratamento.

O RGPD dispõe sobre a responsabilidade do responsável pelo tratamento e do subcontratante, e firma um conjunto de deveres a seu cargo, como o dever de segurança de tratamento, o dever de notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo e de comunicação da violação ao titular dos dados (artigos 32 e 33). Além disso, cria a categoria do encarregado da proteção de dados (artigo 37 e seguintes) e dispõe a elaboração de Códigos de conduta e certificação (artigo 40 e seguintes) com o Selo Europeu de Proteção de Dados, e organismos de certificação (ISO).

No que concerne às transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, aquelas são feitas com base numa decisão de adequação, e são sujeitas a garantias adequadas. Prevê-se um esquema de trabalho em rede e de cooperação entre a autoridade de controlo principal e as autoridades de controlo interessadas. Para efeitos da aplicação efetiva de tal Regulamento é instituído um Comitê europeu para a proteção de dados e uma Autoridade Europeia para a Proteção de Dados<sup>236</sup>.

Por conta disso, tem-se que a proteção de dados na União Europeia e em Portugal entra na terceira geração de instrumentos legais com o Regulamento Geral, que passou a vigorar em 25 de maio de 2018. Antes, vigoravam a Dir. 95/46 e, no direito, interno, a Lei 67/98 complementada por legislação especial, em especial a lei de informação pessoal e genética (Lei

---

<sup>236</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018). <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/48094/1/Big%20data%20ehealth%20autodeterminacao%20informativa.pdf>. Acesso em: 5 de abril de 2019.

12/2005) e a lei de acesso aos documentos da administração e à sua reutilização (Lei 26/2016)<sup>237</sup>.

No que se refere à evolução da proteção jurídica dos dados pessoais, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem desempenhado um papel hermenêutico muito importante, em diversos acórdãos, como *Google Spain*<sup>238</sup>, fixando jurisprudência de interpretação dos conceitos normativos da Dir. 95/46, tendo o RGPD codificado essa jurisprudência<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018)... Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>238</sup> Google Spain S.L, Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (C-131/12). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT> Acesso em: 5 de outubro de 2018.

Em resumo:

*Em 2010, o Sr. Mario Costeja González, cidadão espanhol, ajuizou ação contra a editora La Vanguardia Ediciones SL e contra as empresas Google Spain e Google Inc. perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD). O Sr. González alegou que, caso um internauta digitasse seu nome no mecanismo de busca do grupo Google (Google Search), a lista de resultados expunha o anúncio de um leilão imobiliário organizado após processo de penhora para a quitação de dívidas previdenciárias devidas pelo Sr. González. O requerente solicitou que a retirada ou alteração das páginas em questão, com o intuito de ocultar seus dados pessoais, ou que utilizasse ferramentas específicas para proteger os dados nos mecanismos de busca. A AEPD rejeitou o pedido por considerar que as informações foram publicadas legalmente. Por outro lado, acatou o pleito no tocante às empresas do grupo Google e solicitou que ambas tomassem as medidas necessárias para retirar os dados pessoais do requerente de suas indexações, dificultando futuros acessos. (...) O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que, cumpridos os requisitos legais, o operador de mecanismos de busca é obrigado a remover os links para páginas web e demais informações, publicadas por terceiros e contendo dados pessoais relativos a uma pessoa, resultante da pesquisa ligada ao seu nome. É possível que os dados sejam removidos mesmo nas hipóteses em que a publicação em si seja lícita e precisa, pois, com o decurso do tempo, as informações podem tornar-se inadequadas, irrelevantes ou excessivas em relação aos fins para os quais foram processadas e, portanto, incompatíveis com a Diretiva.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Boletim de Jurisprudência Internacional – Direito ao esquecimento. 5ª ed. Dez/2018.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAOESQUECIMENTO.pdf> Acesso em: 27 de março de 2019.

<sup>239</sup> Quanto à codificação dessa jurisprudência, Alexandre Pereira assevera que:

*(...) em termos práticos, (1) reforça o dever de informação aos titulares de dados, no âmbito da sua recolha (incluindo a indicação da base legal do tratamento, o prazo de conservação dos dados, detalhes das transferências internacionais, possibilidade de apresentar queixa junto da CNPD), (2) revê os procedimentos para exercício dos direitos dos titulares de dados, que passam a incluir os direitos à limitação do tratamento e à portabilidade e novos requisitos sobre a eliminação ou retificação dos dados, (3) regula a forma e as condições do consentimento dos titulares dos dados, quando é condição de licitude do tratamento, (4) estabelece novas exigências quanto aos dados sensíveis, que passam a abranger os dados biométricos, em especial a exigência de designação de um encarregado de proteção de dados, (5) impõe obrigações de documentação e registo de atividades de tratamento, incluindo quanto efetuadas por subcontratantes, (6) disciplina aspetos dos contratos de subcontratação, exigindo nomeadamente que incluam um conjunto de elementos de informação, (7) impõe a designação do encarregado de proteção de dados, com funções especificadas no RGPD, nomeadamente para as entidades públicas, (8) exige medidas técnicas e organizativas de segurança do*

Convém apontar que o novo regime é acompanhado por sanções que incluem coimas que podem atingir valores significativos (semelhantes ao direito da concorrência), e no plano institucional cria a Autoridade Europeia de Proteção de Dados<sup>240</sup>.

Quanto ao titular de tais dados é reconhecido um conjunto de direitos, como o direito de informação na recolha de dados (artigos 13 e 14), o direito de acesso (artigo 15), o direito de retificação (artigo 16), o direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido») (artigo 17), o direito à limitação do tratamento (artigo 18), o direito de portabilidade dos dados (artigo 20), o direito de oposição a definição de perfis e decisões automatizadas (artigo 21)<sup>241</sup>.

No que concerne ao tema ora em estudo, sobreleva-se a importância das disposições que tratam da “definição de perfis” – em especial, o artigo 4.º, 4<sup>242</sup>) que a conceitua –, os quais estão intrinsicamente ligados às instrumentalidades do *Big Data*, pois, ao tratar massivamente dados pessoais, acaba por definir perfis e direcionar ações.

Segundo Alexandre Pinheiro, a “definição de perfis” está ligada à ideia de “tratamento automatizado de dados”, ou seja, o que está em questão são os *tratamentos de dados que envolvam a avaliação de aspetos da personalidade de titulares de dados com fins de análise ou preditivos. As*

---

*tratamento, exigindo a revisão das políticas de privacidade, (9) estabelece a proteção de dados desde a conceção juntamente com uma avaliação de impacto do tratamento (em termos de serem implementadas medidas como a pseudonimização, a minimização dos dados, o cumprimento de prazos de conservação, a acessibilidade dos dados), (10) exige a documentação e notificação de violações de segurança suscetíveis de acarretar riscos para os titulares.*

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018)... Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>240</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018)... Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>241</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018)... Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>242</sup> Artigo 4.º, 4) «Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;

*análises comportamentais previstas na alínea b), do n.º 2, do artigo 3.º e as avaliações de credit scoring são exemplos da aplicação desta disposição*<sup>243</sup>.

O citado autor acentua que uma das características do RGPD é a valorização dos aspectos atinentes à automação e à inteligência artificial, o que produz efeitos na “definição de perfis”, dos mais variados tipos. Mais especificamente quanto ao tratamento dada pelo *Big Data*, afirma que as relações de “definição de perfis” geram um potencial desafio regulatório para o RGPD, o qual, todavia, não foi desenvolvido, adquirindo, neste ponto, uma dimensão essencialmente formal<sup>244</sup>.

No mesmo sentido, colaciona doutrina de Klaus Wiedemann<sup>245</sup>:

*Generally speaking, profiling as defined in Art. 4(4) of the GDPR in many situations is perfectly legal. Interestingly, the operative provisions of the GDPR do not provide a specific regulation on how the actual process of profiling should be conducted. The provisions given merely provide rather formal requirements. For instance, a data protection impact assessment within the meaning of Art. 35(1) of the GDPR must be conducted if “a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons”, such as profiling, takes place and leads to decisions which “produce” legal effects concerning the natural person or similarly significantly affect the natural person (Art. 35(3)(a) of the GDPR). The remaining references to profiling primarily arise in the context of automated (as opposed to human) decision-making within the meaning of Art. 22 of the GDPR (...).*

Ainda no que tange ao *Big Data* e a “definição de perfis”, de certa forma, antevendo-se à dificuldade da matéria, o Considerando (72)<sup>246</sup> do RGPD

---

<sup>243</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 133.

<sup>244</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 133.

<sup>245</sup> WIEDEMANN, Klaus. *Automated Processing of Personal Data for the Evaluation of Personality Traits: Legal and Ethical Issues*. Max Plack Institute for Innovation and Competition Research Paper. nº 18-04, p. 12. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 134.

<sup>246</sup> (72) A definição de perfis está sujeita às regras do presente regulamento que regem o tratamento de dados pessoais, como o fundamento jurídico do tratamento ou os princípios da

resolveu mencionar que o Comitê Europeu para a Proteção de Dados deverá poder emitir orientações a isso referente, ou seja, reconhece-se que a norma não regula a matéria na sua inteireza, até porque, na prática, nem os especialistas, conforme já foi discorrido neste estudo, não conseguem apontar os reais ou potenciais efeitos do aludido fenômeno.

#### **3.2.1.1. As normas correlatas ao RGPD e o *Big Data***

Como visto, o Considerando (72) do RGPD admite a possibilidade de o Comitê Europeu para a Proteção de Dados emitir orientações adicionais no que tange a “definição de perfis”.

Utilizando-se de tal prerrogativa, muito recentemente adotou a Declaração 2/2019, no dia 13 de março, tendo ainda em consideração as medidas apresentadas pela Comissão Europeia em setembro de 2018, bem como as conclusões do Conselho e dos Estados-Membros sobre a realização de eleições europeias livres e justas. Por sua vez, a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD de Portugal emitiu a Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, todas referentes ao tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais e *marketing* político.

Em resumo, tais orientações reconhecem que o contato com os eleitores e o envio de mensagens políticas é essencial ao funcionamento da democracia, enquanto importante contributo para a formação das convicções políticas e para a criação de condições de liberdade de escolha no âmbito de atos eleitorais. Contudo, também identificam que os partidos políticos, as coligações políticas, os grupos de cidadãos eleitores e os candidatos utilizam cada vez mais dados pessoais e tecnologia sofisticada de “definição de perfis” para acompanhar e adaptar as mensagens a cada cidadão.

Quanto a isso, a Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da CNPD portuguesa faz expressa alusão às atividades exercidas pela Cambridge Analytica outrora: *o emprego de ferramentas de análise de dados, como foi demonstrado no caso da Cambridge Analytica, permite sistematizar a informação recolhida em sítios da Internet, redes sociais e aplicações*

---

proteção de dados. O Comitê Europeu para a Proteção de Dados criado pelo presente regulamento («Comité») deverá poder emitir orientações nesse âmbito.

*informáticas (apps), relativa a opiniões, hábitos de vida, características e traços de cada um dos utilizadores, segundo perfis de personalidade ou de comportamento criados de forma automatizada, para, assim, ajustar e diferenciar as informações ou mensagens políticas e influenciar as escolhas de cada um*<sup>247</sup>.

O mesmo instrumento reconheceu que a falta de transparência destes processos potencializa o risco de manipulação do acesso à informação e de condicionamento das liberdades de pensamento e de opinião, em desprezo dos princípios e regras, motivo pelo qual se deve se revelar prudente pautar a utilização de dados pessoais dos cidadãos. Assim, o escopo de tal instrumento foi o de clarificar o regime jurídico vigente em matéria de tratamento de dados pessoais para fins de propaganda política, máxime o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal. [https://www.cnpd.pt/bin/decisoies/Diretrizes/Diretriz\\_1\\_2019\\_PropagandaPolitica.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoies/Diretrizes/Diretriz_1_2019_PropagandaPolitica.pdf). Acesso em: 10 de abril 2019.

<sup>248</sup> Dentre suas disposições, estabeleceu que:

*(...) Conforme o n.º 3 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa, o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º do RGPD, os dados pessoais que revelem opiniões políticas correspondem a uma categoria de dados especialmente protegida e seu tratamento só pode realizar-se sob condições muito restritas, dentre elas, quando os cidadãos tiverem dado o seu consentimento explícito, plenamente informado, livre e específico para a finalidade de marketing político;*

*(I) os dados pessoais que foram manifestamente tornados públicos por cada pessoa, mesmo que não sejam dados reveladores de opiniões políticas, continuam a estar sujeitos e protegidos pelo RGPD. Tal informação não pode ser utilizada por terceiros sem cumprir as obrigações legais no plano da transparência (dever de informação) e de respeito pelo princípio da finalidade e pelo princípio da proporcionalidade;*

*(II) mesmo nos casos em que o tratamento é lícito, i.e., assenta numa das condições previstas no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, as empresas e os partidos políticos (e demais atores no contexto das campanhas eleitorais) têm de cumprir os seus outros deveres ao abrigo do RGPD, incluindo o dever de informar as pessoas sobre o facto de estarem a analisá-las e a tratar os seus dados pessoais, quer os dados tenham ou não sido obtidos diretamente dos cidadãos;*

*(III) o processo de tomada de decisões exclusivamente automatizado, incluindo a criação de perfis, quando a decisão afetar os direitos das pessoas a que diz respeito ou as afetar significativamente de modo similar, está sujeito a restrições legais. A definição de perfis relacionados com a transmissão especialmente dirigida de conteúdos de informação ou de divulgação políticas específicas pode, em determinadas circunstâncias, afetar de modo significativo os cidadãos, pelo que, em princípio, só podem ter lugar com o consentimento explícito dos mesmos; e*

*(IV) no que diz respeito ao envio de marketing político há um regime legal especial aplicável sempre que o envio se faça, por qualquer forma (v.g., correio eletrónico, SMS, MMS, telefone), no contexto das comunicações eletrónicas. E dele decorre que só pode ser enviado marketing político com o consentimento explícito, informado, livre e específico para a finalidade de marketing político do titular dos dados.*

Por fim, a Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da CNPD portuguesa conclui que *o cumprimento dos princípios e regras de proteção de dados pessoais, nomeadamente no contexto das campanhas eleitorais e atos eleitorais, é essencial para proteger a democracia. E constitui um meio de preservar a confiança dos cidadãos no Estado de Direito e na integridade dos atos de eleição dos seus representantes.*

Salta aos olhos que, não obstante a pertinência da aludida Diretriz e o fato de apontar diversos dispositivos do RGPD que pretendem balizar o *marketing* político quanto à proteção de dados, infere-se dela que o referido Regulamento não traz meios efetivamente práticos de se combater eventual utilização perniciosa das funcionalidades do *Big Data*, tal qual supostamente fez a *Cambridge Analytica* no *Brexit* e na campanha presidencial norte-americana, o que, de certa forma, está explícito no seu bojo.

Assim, no caso em apreço, apenas com a edição do RGPD, não se conseguiu enfrentar o desafio regulatório criado pelo *Big Data*, detendo aquele, segundo Alexandre Pinheiro, uma dimensão essencialmente formal<sup>249</sup> e, por que não, meramente propositiva quanto a este ponto.

Note-se que a corrente doutrinária acima dá sustentáculo à tese de que o *Big Data*, por conta de suas características peculiares, inerentes ao cenário que cria, lançou e continuar a lançar desafios que não foram passíveis de serem enfrentados apenas com produção normativa – edição do RGPD –, na linha que defendemos, ou seja, que o Estado contemporâneo, para fazer frente aos problemas com que tem de lidar, deve-se valer também de instrumentos outros.

Dito isso, merece atenção a análise de Saskia Sassen a respeito das “assemblages”<sup>250</sup> na era global digital e os reflexos das tecnologias da

---

Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal. [https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz\\_1\\_2019\\_PropagandaPolitica.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz_1_2019_PropagandaPolitica.pdf). Acesso em: 10 de abril 2019.

<sup>249</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados...*, p. 133.

<sup>250</sup> A autora enuncia “assemblage” da seguinte forma: [p]ractically speaking, here are three markers of my methodological practice which lead to a reassembling of elements that tends to diverge from standard categories. This also tells you that assemblage for me is a working category, a tool, not only an outcome, a result.

informação no Estado, pois, embora reconheça as transformações de paradigma que envolvem as novas dinâmicas institucionais da globalização, não trabalha com a perspectiva comum de “vitimização” do Estado, uma vez que ele continua sendo o lugar privilegiado de formação jurídico-institucional<sup>251</sup>.

Isso não deve ser compreendido como o fim do Estado, mas ressalta a importante imbricação entre a pluralidade de instituições globais desnacionalizadas e o próprio Estado, uma vez que aquelas instituições, geralmente, somente são operacionalizadas quando adentram na estrutura estatal<sup>252</sup>.

Esclarecendo seu raciocínio, Saskia Sassen dispõe que [...] *as maiores transições que iniciam os novos arranjos [...] podem depender das múltiplas capacidades da ordem anterior. Essa ‘dependência’ não é necessariamente fácil de reconhecer, uma vez que as novas lógicas organizacionais podem e irão tender a alterar a valência de uma determinada capacidade [...] algumas das antigas capacidades são essenciais para a constituição crítica da nova ordem, mas isso não significa que suas valências sejam as mesmas; os sistemas relacionais ou as lógicas organizacionais dentro das quais elas adquirem funcionalidade podem ser radicalmente diferentes. O ponto crítico é a intermediação que as capacidades produzem entre a nova ordem e a antiga; enquanto elas mudam de caminho, tornam-se partes constitutivas e, simultaneamente, podem disfarçar essa mudança vestindo as mesmas roupas de sempre*<sup>253</sup>.

Por conta disso, quando se tem em mente as tecnologias da informação e o seu impacto nas estruturas estatais, um dos pontos nodais é a capacidade regulatória que os modelos de Estado e democracia vigentes

---

SASSEN, Saskia. *Relocating Global Assemblages: An Interview with Saskia Sassen*. Entrevista dada a Aneesh Aneesh. *Science, Technology & Society* 22:1 (2017): 128–134. [http://saskiasassen.com/PDFs/interviews/SS\\_Relocating\\_Interview.pdf](http://saskiasassen.com/PDFs/interviews/SS_Relocating_Interview.pdf). Acesso em: 10 de maio de 2019.

<sup>251</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages*. Woodstock: Princeton University Press, 2006. p. 493.

<sup>252</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>253</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages...*, p. 6. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.



possuem sobre essas tecnologias, que desestabilizam as estruturas hierárquicas formais, as quais passam a ser substituídas por novas estruturas ainda não formalizadas, frequentemente apropriadas por poderes privados e imunes aos influxos democráticos<sup>254</sup>.

Não se questiona o fato de que alguma proteção, seja ela meramente propositiva como fez o RGPD em relação ao *Big Data*, é melhor que nada, haja vista que há, apesar de pequena, a possibilidade de alguma efetividade dos trechos da legislação em questão. No entanto, seria ingênuo acreditar que esse tipo de solução apenas por meio de norma jurídica teria condição de lidar com os desafios da modernidade que ora se apresentam<sup>255</sup>.

Por conta de tudo que se discutiu acerca da figura do ente estatal à luz de sua Teoria e de como se dá a aplicação do direito regulatório quanto à problemática que circunda o *Big Data*, termina-se este capítulo com uma provocação: como dar efetividade ao direito fundamental da personalidade, proteger a democracia, preservar a confiança dos cidadãos no Estado de Direito e os atos de eleição de seus representantes, se, em pleno século XXI, nos amparamos somente em instrumento – direito positivado – feito para lidar com problemas inaugurados no século XVI?

---

<sup>254</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>255</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

#### **4. ANÁLISE CRÍTICA: A EFETIVIDADE DO DIREITO REGULATÓRIO EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AOS DESAFIOS ORIUNDOS DO *BIG DATA***

Apesar de não ser algo tangível à imensa parcela da população, é inegável a presença dos algoritmos computacionais na vida dos indivíduos, especialmente, daqueles integrantes de sociedades mais desenvolvidas, e, ao que parece, tal presença se tornará perene.

A título ilustrativo, uma simples busca na internet, uma transação por cartão de crédito ou débito, o uso de sistemas digitais e automatizados de lógica e controle, só para citar alguns poucos, participam cada vez mais da rotina de grande parte das pessoas na sociedade. Nas projeções para o futuro, mais algoritmos: automatização total de postos de trabalho, integração da internet com o sistema logístico-produtivo (Internet das Coisas), desenvolvimento da inteligência artificial, cidades e domicílios inteligentes, entre outros<sup>256</sup>.

Não obstante essa ampla penetração na vida mundana, os algoritmos são muitas vezes incompreendidos pelo público leigo e acabam virando mitos no imaginário coletivo: poderosos, misteriosos e responsáveis pelos mais variados acontecimentos. Visando auferir o alcance dos efeitos do uso daqueles, muitas pesquisas começaram a veicular a ideia de que os algoritmos podem ter um papel significativo no ordenamento da vida, o que confluiria no entendimento de que os elementos computacionais têm eficácia normativa, proposição esta que não é nova e já vem sendo desenvolvida no pensamento jurídico há algumas décadas por meio de diferentes tradições teóricas<sup>257</sup>. Fora do universo do Direito, cumpre apontar que as ciências sociais também vêm se atentando a implicações políticas e sociológicas dos algoritmos, a exemplo dos estudos de Amoore, Leadbeater e Bucher<sup>258</sup>, sobre

---

<sup>256</sup> MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, maio/2018, p. 40.

<sup>257</sup> MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura...*, p. 40.

<sup>258</sup> MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura...*, p. 40.

os quais não se aprofundará, pois são apenas tangentes ao cerne do presente estudo.

Mesmo tendo reconhecida a pertinência do estudo sobre os algoritmos e seus efeitos, apenas mais recentemente, a partir de 2013, houve incremento de produção acadêmica a reconhecer o potencial normativo de algoritmos e/ou a necessidade de normatizá-los, bem como do uso de expressões tais como “regulação algorítmica”, “governo (por) algoritmos” e “governança algorítmica”<sup>259</sup>.

Dito isso, sobreleva que a carga semântica prévia de palavras como “regulação”, “governo” e “governança” propõe um questionamento acerca do porquê os algoritmos computacionais, que são um elemento trivial de computação, existente desde os primórdios da programação, teriam motivado a recente mudança nos termos empregados para estudar tal fenômeno. A par disso, convém indagar que tipos de tradição teórica, temas e metodologia estariam presentes nessas novas investigações<sup>260</sup>.

A fim de procurar compreender a crescente preocupação com a necessidade de normatização do uso dos algoritmos, entende-se salutar recorrer-se às teorias da modernidade, à teoria do Estado regulador e à análise crítica do direito regulatório como hoje está posto, as quais, em conjunto com os argumentos já lançados neste estudo –, em especial, o direito fundamental à personalidade, o direito à proteção de dados, o tendente direito à identidade informacional e a Teoria Geral do Estado – são de grande valia para aferição se o direito regulatório, da forma como hoje está disposto, está sendo capaz de regular eventual uso pernicioso dos algoritmos, cujo tratamento em forma maciça se dá por intermédio do *Big Data*.

#### **4.1. Teorias acerca da modernidade**

A era em que vivemos, fortemente marcada pela presença da cibernética, revela-se por diferentes facetas, sendo que um dos pontos mais

---

<sup>259</sup> MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura...*, p. 40.

<sup>260</sup> MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura...*, p. 40.

polêmicos diz respeito à possibilidade de sua ruptura com a modernidade, a partir da emergência de um novo tempo histórico, caracterizado, por alguns como pós-modernidade<sup>261262</sup>.

Uma dessas alterações na configuração das formas de sociabilidade diz respeito à efervescência dos vínculos virtuais em substituição aos contatos face a face, à possibilidade de deslocamentos ágeis que trazem a sensação da separação entre tempo e espaço e à própria percepção da identidade dos indivíduos, a qual carece de fortalecimento, pois a globalização e a massificação cultural rompem com as particularidades e os regionalismos. Quanto isso, Ulrich Beck assevera que *[m]ais urgente do que nunca, precisamos de esquemas de interpretação que nos façam [...] repensar a novidade que nos atropela e que nos permita viver e atuar com ela*<sup>263</sup>. Por conta dessa percepção de mudanças na forma de organização social moderna, diversas teorias têm sido concebidas, dando às transformações práticas uma problematização teórica.

Destarte, recorrer-se às chamadas Teorias da Modernidade apresenta-se como medida salutar, com o escopo de tentar definir, ou ao menos compreender, a atualidade no tocante aos efeitos do uso de algoritmos em nossas vidas e os desafios que apresenta. Assim, longe de ser o mister deste estudo a análise aprofundada de tais teorias mundo afora, o que mereceria tratamento especial e pormenorizado, ater-se-á a autores europeus, em razão da noção de modernidade aqui utilizada.

#### 4.1.1. A modernidade segundo Bauman

Bauman cunhou a expressão *modernidade sólida*, a qual seria o tempo no qual se refletiu a busca da ordem, entendida como objeto tanto de

---

<sup>261</sup> HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993. In: LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares*. Revista Aurora. v. 9, n. 2. (2016). <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/issue/view/422>. Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>262</sup> LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988. In: LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>263</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 14.

pensamento quanto de prática. Destarte, os indivíduos, imbuídos pelo projeto moderno, passaram a administrar racionalmente a existência, ao passo que o ordenamento técnico e consciente das ideias, presente em tal projeto, permitiria o controle do mundo pela razão, transformando-o no melhor dos mundos<sup>264</sup>. Diz o citado autor que [a] *prática tipicamente moderna, a substância da política moderna, do intelecto moderno, é o esforço para exterminar a ambivalência: um esforço para definir com precisão – e suprimir ou eliminar tudo o que não poderia ser ou não fosse precisamente definido*<sup>265</sup>.

Entende o aludido autor que, para o cumprimento do projeto moderno, dois agentes foram, e ainda são, fundamentais: o Estado e a ciência. Ambos viabilizaram a realização da modernidade sólida. O Estado dominou as populações de modo a *transformá-las numa sociedade ordeira*. Por seu turno, à ciência foi dada a tarefa de “conquistar” a natureza, subjugando-a às necessidades humanas<sup>266</sup>.

Com a eliminação da ambivalência, propunha-se a categorização e a classificação do mundo pelo conhecimento, pela ciência, sendo que tudo o que se mostrasse confuso ou duplo deveria ser expurgado. E foi justamente por conta desse pensamento que, no período da modernidade sólida, a razão voltou-se contra si própria. Como exemplos disso, apresenta que o holocausto e a catástrofe nuclear japonesa revelam que a ideia de controle racional do mundo abalou-se e não cumpriu sua promessa de tornar o mundo o melhor possível<sup>267</sup>.

Assim, se a modernidade sólida almejava o desenvolvimento ordenado do globo com a marcação das fronteiras, a emergência da globalização e a proliferação dos meios de transporte e de comunicação geraram impactos em sua concepção. O conhecimento técnico passou a permitir o deslocamento do tempo e do espaço. Dessa maneira, a partir das últimas décadas do século XX, com a acentuação da mobilidade, da aceleração do ritmo de vida e da liquidez das relações humanas,

---

<sup>264</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...*. Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>265</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999, p. 15.

<sup>266</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...*, p. 29.

<sup>267</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...*. Acesso em: 5 de abril de 2019.

desfragmenta-se a imagem do projeto moderno – com suas máximas de classificação ordeira e geométrica dos determinantes sociais e de harmonia entre planejamento e administração, surgindo a chamada modernidade líquida<sup>268</sup>.

Procurando explicar o pensamento de Bauman, Mocellim afirma que *No mundo sólido dos Estados-Nações toda diferença era vista com desconfiança, ao passo que no mundo líquido a diferença se torna exigência: todos devem ser indivíduos particulares. No mundo sólido as formas de vida comunitárias ainda podiam existir – mesmo que reduzidas e isoladas [...] já no mundo líquido a comunidade é tornada mito. Com a individualização radicalizada, todas as formas de sociabilidade que sugerem dependência mútua passam a ser vistas com desconfiança*<sup>269</sup>.

Portanto, para a corrente capitaneada por Bauman, a modernidade, comparada com a feição da sua gênese, perdeu força enquanto organização social, pois a atualidade revela que alguns elementos da modernidade sólida foram radicalizados e outros substituídos por completo. Assim, os vínculos sociais contemporâneos são fomentados tendo como base novos preceitos advindos da modernidade líquida<sup>270</sup>.

As relações sociais, na atualidade, são estabelecidas em uma sociedade de consumidores, cujos laços sociais são fluidos, ambíguos, provisórios e revogáveis. Como essas relações ocorrem no terreno do transitório e da ambiguidade, a contrapartida oferecida é a insegurança, a solidão e a imediatismo. Os indivíduos evitam se relacionar de modo excessivamente íntimo, deixando os laços frouxamente atados, para que, no futuro, possam ser rompidos com facilidade<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. In: LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>269</sup> MOCELLIM, Alan. *Simmel e Bauman: modernidade e individualização*. Em Tese - Revista eletrônica dos pós-graduandos em sociologia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v.4, n.1, ago./dez. 2007, p. 106.

<sup>270</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>271</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

Como se pôde perceber, a concepção de Bauman para as formas de sociabilidade passa pela constatação de que mudanças no modo de interagir dos indivíduos, em razão da emergência de uma nova modalidade de organização social, confluíram para a modernidade líquida<sup>272</sup>.

#### 4.1.2. A modernidade segundo Giddens

Giddens foca seus estudos nos moldes da elaboração de uma teoria social afinada com o mundo contemporâneo. Por conta disso, as Ciências Sociais são chamadas a responder se há, de fato, a transição do período moderno mediante o nascimento de um novo tipo de sistema social. No entanto, salienta ser crítico da expressão *pós-modernidade*, pois entende isso ser fruto de uma dificuldade na obtenção de conhecimento sistemático sobre a organização social. Assim, *[e]m vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes.*<sup>273</sup>

Ainda segundo Giddens, a delimitação do momento histórico requer a admissão do fato de que a organização e a transformação da história não envolvem princípios unificadores. É preciso romper com os preceitos do evolucionismo social, o qual determina o enredo histórico de modo ordenado, como uma marcha com fim já conhecido, pois a história é descontínua e não uma unidade com forma homogênea em seu desenvolvimento. Sendo assim, não seria possível dizer que os indivíduos, atualmente, estão situados em um período de nítida separação com o passado<sup>274</sup>.

Nesse sentido, a modernidade não foi suplantada pela *pós-modernidade*, uma vez que as instituições sociais permanecem as mesmas do momento da sua gênese, estando, hoje, de certa forma, mais racionalizadas<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>273</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 13.

<sup>274</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>275</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

Em conceituação que se pode ser amoldada claramente ao cenário do *Big Data*, Giddens entende que o desencaixe entre tempo e espaço é uma das principais características da alta modernidade, revelando o dinamismo e a racionalização da existência ao fomentar relações entre outros ausentes, localmente distantes de qualquer situação dada ou da interação face a face. Destarte, os espaços passam a ser penetrados e moldados por influências sociais bem distantes deles. Assim, o desencaixe representa o *deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço*<sup>276277</sup>.

Dito isso, convém apontar que o aludido autor assevera que os elementos relacionados a esse deslocamento são interessantes pistas aos estudos sobre mudança social por contemplarem a própria natureza da modernidade. Seriam dois os mecanismos diretamente envolvidos com o desenvolvimento das modernas instituições sociais e como os principais causadores de desencaixe: as fichas simbólicas e os sistemas peritos.<sup>278</sup>

Em síntese, as fichas simbólicas expressariam os meios de intercâmbio sem vinculação às características e particularidades de cada indivíduo ou grupo que as possui, fazendo circular todo tipo de bens e serviços, sendo o dinheiro o seu principal exemplo. Por conta de tal característica, [o] *dinheiro, pode-se dizer, é um meio de retardar o tempo e assim separar as transações de um local particular de troca. Posto com mais acurácia, nos termos anteriormente introduzidos, o dinheiro é um meio de distanciamento tempo-espaço. O dinheiro possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espaço*<sup>279</sup>.

Já os sistemas peritos, *grosso modo*, seriam expressos pela confiança delegada pelos indivíduos às técnicas ou competências profissionais organizadoras dos ambientes materiais e sociais envolvidos com a própria existência. Fé e confiança seriam depositadas nas ferramentas elaboradas por tais sistemas, como a estrutura física das residências, a mecânica dos

---

<sup>276</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...*, p. 32.

<sup>277</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>278</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>279</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...*, p. 32.



automóveis e aviões, a capacidade médica, a competência jurídica dos advogados, entre outros<sup>280</sup>. Assim, os sistemas peritos seriam capazes de remover as *relações sociais das imediações do contexto* [...], fornecendo *'garantias' de expectativas através de tempo-espaço distanciados*<sup>281</sup>.

As doutrinas de Bauman e de Giddens tem similitude quanto a este ponto. Em clara ligação com o tema ora em estudo, convém apontar que o primeiro ressalta que, na contemporaneidade, são criadas ferramentas para a sociabilidade, especialmente aquelas provenientes da eletroeletrônica, como o celular e o computador, com as quais surge uma nova categoria de interação: a proximidade virtual. Possível até mesmo para os fisicamente distantes, essa categoria torna as conexões humanas mais frequentes, todavia, mais banais, e, por isso, elas não se condensam em laços sólidos o bastante para serem permanentes, pois apenas criam a ilusão da proximidade<sup>282</sup>.

#### 4.1.3. A modernidade segundo Boaventura de Sousa Santos

Para Boaventura de Sousa Santos, é possível caracterizar o atual cenário contemporâneo segundo parâmetros relativos ao que ele nomeou de *transição paradigmática*, que coloca em cheque o paradigma da modernidade ocidental. Tal passagem entre paradigmas seria sempre gradual e quase invisível e somente após vários anos, ou mesmo séculos, é que se poderia precisar e datar com segurança o fim do anterior e o nascimento do subsequente<sup>283</sup>.

Segundo Santos, a modernidade ocidental surgiu entre os séculos XVI e XVII como um *ambicioso e revolucionário paradigma sócio-cultural assente numa tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social*<sup>284</sup>. Entretanto, em meados do século XIX, com a sólida convergência entre o

---

<sup>280</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>281</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...*, p. 36.

<sup>282</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>283</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>284</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000, p. 15.

capitalismo e o paradigma moderno, tal tensão sofreu um desgaste, que foi identificado como uma tendência progressiva que transforma as forças emancipatórias em forças regulatórias, ocorrendo a ruína da emancipação na regulação<sup>285</sup>. E continua: *deixou de ser possível conceber estratégias emancipatórias genuínas no âmbito do paradigma dominante já que todas elas estão condenadas a transformar-se em outras tantas estratégias regulatórias*<sup>286</sup>.

As principais dimensões da transição paradigmática seriam a epistemológica e a societal. No que se refere à primeira, *a mudança passaria pela substituição gradativa do paradigma dominante da ciência moderna pelo paradigma em nascimento, designado por paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente, que privilegia o convencimento em vez da persuasão por meio de retóricas e de conhecimentos voltados para relações equânimes entre razões e resultados, entre contemplação e ação*<sup>287</sup>.

Já a transição societal seria menos visível e condenaria o paradigma dominante e seus preceitos da sociedade patriarcal, da produção capitalista, do consumismo, do individualismo, das democracias autoritárias, do globalismo excludente, em favor de vibrações ascendentes, que estariam vinculadas aos princípios da comunidade e às suas noções de solidariedade e participação, bem como aos conteúdos estético-expressivos e às ideias de prazer e autoria, anunciando a dimensão ativa e criativa do sujeito<sup>288</sup>.

Outro fator típico da *transição paradigmática* seria a figura do excesso do tempo, pois a teoria crítica moderna, por meio da ideia de progresso, sempre perseguiu a união entre passado, presente e futuro, segundo continuidades e determinismos oriundos do cientificismo. Porém, hoje, o que se observa é uma verdadeira discrepância entre tais percepções teóricas e suas expectativas. Eventos de ruptura são constantes e a ocorrência do

---

<sup>285</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>286</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência...*, p. 16.

<sup>287</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>288</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

excesso do tempo presente remete à quebra com o passado e à indiferença com o futuro, que passa a ser visto, inevitavelmente, como catastrófico<sup>289</sup>.

Em interessante reflexão, Boaventura de Sousa Santos entende que tudo isso acarreta sensações de desassossego em relação ao tempo, pois os indivíduos estão *entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu*. [...] *A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem misturam em combinações turbulentas*<sup>290</sup>.

Portanto, a supressão do paradigma moderno sociocultural é um processo complexo no qual estão envolvidos superação e obsolescência, sendo que a modernidade teria cumprido em demasia algumas de suas propostas, mas outras não conseguiram mais se efetivar, pois *tanto o excesso como o défice de cumprimento das promessas históricas explicam a nossa situação presente, que aparece, à superfície, como um período de crise, mas que, a nível mais profundo, é um período de transição paradigmática. Como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exactidão a situação actual*<sup>291</sup>.

Nessa direção, a crise da modernidade seria também uma crise epistemológica da ciência moderna, a qual privilegiou a racionalidade cognitivo-instrumental, reduzindo os mecanismos de emancipação. Em outras palavras, com a hiper-cientificização, o paradigma dominante entra em uma crise resultante do avanço ocasionado por ele próprio em relação ao conhecimento<sup>292</sup>.

Enfim, a lição de Boaventura de Sousa Santos é caracterizada pela amplitude atribuída à concepção de *transição paradigmática*. Mais do que indicar a transição entre modos de produção ou ressaltar a crise

---

<sup>289</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

<sup>290</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência...*, p. 41.

<sup>291</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência...*, p. 49.

<sup>292</sup> LEMOS, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares...* Acesso em: 5 de abril de 2019.

epistemológica da ciência moderna, a transição observada por ele aponta para alterações *entre formas de sociabilidade no sentido mais lato, incluindo as dimensões econômica, social, política e cultural*<sup>293</sup>.

#### 4.1.4. A modernidade segundo Wallerstein

Como uma das implicações do *Big Data* trazidas à baila foram as atinentes ao *Brexit* e à campanha presidencial norte-americana, revela-se oportuno manejar os conceitos formulados por Immanuel Wallerstein sobre a modernidade e suas diferentes acepções, com o intuito de correlacionar progresso tecnológico e participação democrática.

Segundo Immanuel Wallerstein, o mundo deve ser entendido como um sistema histórico único e internacional, cujas intrincadas relações de poder sofrem perturbações ao balanço de ritmos cíclicos mais ou menos longos, desde tempos imemoriais. E tais ritmos cíclicos seriam os mecanismos de mudança do sistema, necessários para restabelecer um equilíbrio mínimo<sup>294</sup>.

No entanto, além dos ciclos rítmicos, os sistemas históricos revelariam tendências seculares que exacerbam as contradições inatas a todos os sistemas, fazendo com que as flutuações fossem cada vez maiores, até que surgisse o caos. Nesse ponto de imprevisível inflexão, nascem bifurcações que podem levar à origem de novos sistemas, com diferentes estruturas e relações de poder<sup>295</sup>.

Para Wallerstein, modernidade seria a combinação de uma determinada realidade social com uma determinada *Weltanschauung*, ou visão de mundo, que substituiu e até sepultou uma outra combinação que se poderia denominar *Ancien Régime*. A situação caótica provocada pela Revolução Francesa conduziu ao estabelecimento de uma nova ordem social,

---

<sup>293</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência...*, p. 168.

<sup>294</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 34-54. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?...*, p. 183.

<sup>295</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?...*, p. 184.

caracterizada por sucessivas e profundas mudanças políticas. Disso resultou uma ruptura da visão de mundo então dominante, inaugurando o que hoje chamamos de modernidade, ou, em outras palavras, a aceitação da mudança como fenômeno ordinário, normal, ao invés de excepcional<sup>296297</sup>.

Em prossecução, o aludido autor afirma que as duas conotações do vocábulo “moderno” – a modernidade tecnológica e a modernidade da libertação – sempre foram diferentes, embora historicamente entrelaçadas, configurado por um par simbiótico, que representa a contradição cultural essencial do nosso moderno sistema internacional, qual seja, o sistema do capitalismo histórico<sup>298</sup>.

Cabe mencionar que, desde seus primórdios, meados do século XV até o fim do XVII, as duas ideias de modernidade andaram a passos mais ou menos coordenados. Aqueles que defendiam a modernidade da tecnologia e os defensores da modernidade da libertação enfrentavam geralmente os mesmos inimigos políticos, sendo o Iluminismo a síntese desse pensamento

---

<sup>296</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 83. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 184.

<sup>297</sup> Wallerstein ressalta que existiriam duas conotações vinculadas ao vocábulo “moderno”: O autor adverte, contudo, para a existência de duas conotações claras vinculadas à palavra “moderno”:

**Uma era positiva e esperançosa. Moderno significava a mais avançada tecnologia.** O termo situava-se no marco conceitual da presumível **infinitude do progresso tecnológico e, por essa razão, das inovações constantes.** Aquela modernidade era consequentemente fugidia porque o que hoje era moderno, no dia seguinte já era obsoleto. E ademais era bastante material em sua forma, pois tinha a ver com aviões, ar condicionado, televisão, computadores etc. (...).

Porém havia **uma segunda conotação** primordial para o conceito de moderno, que era **mais contestatória que afirmativa**, e que se podia caracterizar como **menos esperançosa que complacente** (...), ou como menos material que ideológica. Essa modernidade era, brevemente, o **presumido triunfo da liberdade humana contra as forças do mal e da ignorância, uma trajetória tão inevitavelmente progressiva como a do avanço tecnológico.** Todavia, não era um triunfo da humanidade sobre a natureza; era, muito mais, um triunfo da humanidade sobre si mesma, e sobre aqueles que tinham privilégios. Seu caminho não era só de descobrimento intelectual, senão também de conflito social. **Essa modernidade não era a da tecnologia, a do Prometeu desacorrentado, a da riqueza sem limites. Era, a rigor, a modernidade da libertação; a da democracia substancial (com uma lei do povo oposta à aristocrática, com essa lei do melhor); era a modernidade da satisfação das necessidades humanas e também da moderação.** Essa modernidade da libertação **não era, pois, modernidade presumida, mas eterna, porque uma vez conseguida, não se a perderia nunca** (grifos acrescidos).

WALLERSTEIN, Immanuel. *O Fim de Que Modernidade?* Estudos de Sociologia, v. 2, 1997, p. 3-8.

<sup>298</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 134. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 184-185.

convergente. No entanto, o abalo causado pela Revolução Francesa descompassou a marcha das duas modernidades, revelando toda a sua contradição. Poder-se-ia dizer que os que desejavam especialmente a modernidade tecnológica de repente se assustaram com a força dos defensores da modernidade da libertação<sup>299</sup>.

A Revolução Francesa, como estratégias discursivas cultivadas para lidar com as crenças na normalidade da mudança, foi igualmente responsável por cunhar as ideologias, sendo que, de certa forma, as três principais ideologias – o conservadorismo, o liberalismo e mesmo o socialismo – visavam favorecer, em diferentes graus, a modernidade tecnológica em detrimento da modernidade da libertação<sup>300301</sup>.

Sendo assim, em nome do progresso econômico e tecnológico, o aprofundamento da democracia e das liberdades humanas foram frequentemente postos em segundo plano, confiados ao ritmo lento das reformas eternamente prometidas e dificilmente completadas. Isso perdurou até 1968, no contexto das revoluções de estudantes ao redor do mundo, quando a armadilha enganosa da modernidade tecnológica foi desvendada, pois perceberam que a modernidade da libertação, como produto automático da realização da modernidade tecnológica, jamais lhes seria entregue<sup>302</sup>.

Por conta disso, Wallerstein afirma que o sistema histórico atual está em declínio, e que a tensão entre as duas modernidades crescerá de forma a induzir um caos transformador. Os utópicos terão a tarefa de imaginar e empenhar-se em criar a nova ordem social que se instalará a contar dos

---

<sup>299</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 136. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 185.

<sup>300</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 137. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 185.

<sup>301</sup> Para Wallerstein: "(...) tanto no discurso político culto quanto no de cunho popular, geralmente se aceita que essas ideologias existem e representam três "tonalidades" diferentes, três diferentes estilos de fazer política respeitando a normalidade da mudança: a política da precaução e da prudência; a política da reforma racional e constante; e a política da transformação acelerada. Às vezes chamamos estas políticas de direita, centro e esquerda, respectivamente.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 137.

<sup>302</sup> CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 185.

próximos cinquenta anos. E tal nova ordem deverá ser capaz de compatibilizar de fato as duas modernidades, a tecnológica e da libertação, de modo a que todos possam gozar, com igualdade de oportunidades, dos benefícios do progresso da civilização<sup>303</sup>.

Como reflexão inerente ao objeto do presente estudo, tem-se que, na dita realidade “algorítmica” em que vivemos, marcada pelo gigantesco processamento de dados, cujo potencial ainda é inestimável, convém chamar os utópicos à discussão do futuro que se avista. A tecnologia muda o mundo, mas não necessariamente para o melhor proveito de todos os seres. Revela-se, antes de tudo, um dever humano garantir que a modernidade tecnológica, do que é exemplo o *Big Data*, não apenas conserve as liberdades já conquistadas, mas também sirva de anteparo para saltos ainda mais distantes, rumo a uma verdadeira modernidade da libertação.

## 4.2. Teoria do Estado regulador

Como se está a analisar o agir estatal enquanto ente regulador, se revela curial fazer menção ao processo de mudança no modo de governança ocorrido em função das estratégias de privatização, liberalização, reforma regulatória, austeridade fiscal, integração econômica e monetária quando do advento da União Europeia.

Segundo Giandomenico Majone, tal cenário ensejou a transição de um Estado intervencionista, denominado de “Estado positivo”, para um modelo baseado menos nas funções de tributação e despesas públicas, e mais de caráter normativo, o que ele chamou de “Estado regulador”<sup>304</sup>.

No que tange ao que denominou de “estilo de políticas”, o Estado positivo seria intervencionista, onde predominaria a discricionariedade, enquanto o Estado regulador teria uma limitação da sua atividade por regras,

---

<sup>303</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo...*, p. 150. In: CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?*..., p. 185.

<sup>304</sup> MAJONE, Giandomenico. *Do estado positivo ao estado regulador*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006. In: GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro*. In: GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 239.

especialmente, de índole procedimental, sendo-lhe impostos deveres como o de ponderação em escolhas regulatórias<sup>305</sup>.

Todavia, definir o estilo de políticas não é suficiente para entender a distinção entre “função estatal de regulação” e “função estatal regulamentar”, o que é de suma importância para análise da eficácia do direito regulatório quanto ao tema em estudo, que circunscreve o *Big Data*.

Convém salientar que a definição do termo “regulação”, constantemente presente em inovações legislativas, é plurissignificativo, pois pode deter sentido físico, teológico, econômico, etc., mas, contudo, em todas as suas significações, possui a noção de “ordem” na palavra<sup>306</sup>.

Quanto ao que vem a ser regulação na esfera jurídica, Alexandre Aragão, recorrendo às palavras de Joaquim Tornos Mas, assevera que (...) *a introdução na linguagem jurídica do conceito de regulação é problemática. A utilização de um termo dotado de diversos conteúdos choca-se com a necessária segurança que deve reger o mundo do Direito. (...) Não faltam vozes críticas em relação à utilização da expressão regulação. Assim, já se disse que ‘da mesma forma que o conceito de comunicação, a regulação é um conceito polissêmico, um gigante com os pés de barro, falta de rigor e de precisão jurídica*<sup>307</sup>.

Conrado Hübner Mendes, recorrendo à doutrina do direito econômico, entende por regulação a mecânica estatal utilizada para ordenar as atividades econômicas em geral, tanto serviços públicos quanto atividade econômica em sentido estrito<sup>308</sup>.

Alexandre Aragão, agora em contraponto a Joaquim Tornos Mas, tem que a atividade reguladora do Estado é autônoma em relação aos

---

<sup>305</sup> GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro...*, p. 241.

<sup>306</sup> GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro...*, p. 243.

<sup>307</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

<sup>308</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. Direito Administrativo Econômico. Coordenação de Carlos Ari Sundfeld. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 116. In: GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro...*, p. 245.



tradicionais poderes políticos, assemelhando-se ao que chamou de “*poderes neutrais*”, os quais têm, dentre suas características, o exercício *imparcial de suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestada por seus representantes*<sup>309</sup>.

Sendo assim, o Estado regulador é pluriclasse, conformador da ordem econômica e social, pois, a progressiva complexificação social ocorrida exponencialmente a partir das últimas duas décadas do século XX, foi determinante para que fossem conferidos novos instrumentos, como o direito regulatório, à Administração Pública, haja vista, sem a instrumentalidade típica da função reguladora, o Estado não possuir condições estruturais de concretizar os objetivos eleitos pela sociedade<sup>310</sup>.

No mesmo sentido, Alexandre Aragão, recorrendo agora a Fábio Konder Comparato, entende que, *em radical oposição a essa nomocracia estática* [do Estado Liberal], *a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ter a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados. (...) a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente*<sup>311</sup>.

Prosseguindo na busca da distinção entre “função estatal de regulação” e “função estatal regulamentar”, Caio Tácito afirma que a “regulamentação”, seja de lei, seja autônoma, *não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo seu espírito e conteúdo*. Já a “regulação” seria uma atividade exercida com maior densidade, concretude, com o escopo de equilibrar o subsistema regulado, diversamente do que ocorre com a lei e o regulamento, que têm caráter genérico e sem concretude<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico...*, p. 441.

<sup>310</sup> GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro...*, p. 248.

<sup>311</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico...*, p. 89.

<sup>312</sup> GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro...*, p. 249.

Tem-se aqui dois argumentos favoráveis a eventual de regulação algorítmica: (I) esta seria admitida com o fito de tentar equilibrar o subsistema regulado, pois o RGPD e a LGPD brasileira detêm caráter genérico e sem concretude especificamente quanto ao *Big Data*; e (II) a legitimidade do Estado contemporâneo passa pela realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente, ou seja, é missão do ente estatal procurar meios para evitar o uso pernicioso das funcionalidade do *Big Data*, o qual tem o potencial de atingir diversos direitos e princípios dos indivíduos, em especial, o fundamental da personalidade, o da proteção de dados e o da identidade informacional. Na esfera política, o uso dele em campanhas eleitorais já pode ser identificado como possivelmente nocivo ao próprio Estado democrático de Direito.

Portanto, ínsita ao tema em discussão, a Teoria do Estado regulador merece especial atenção, apesar de não parecer pertinente discorrer, de forma aprofundada, sobre seus fundamentos, características e funções, tais como intervenção direta, fomento, serviço público e poder de polícia, salvo, por óbvio, a regulação.

Assim, a análise do agir estatal frente aos desafios do *Big Data*, ou ainda, da regulação algorítmica, deve lançar especial foco sobre as escolhas administrativas frente à forte complexidade e tecnicidade que a aludida regulação exige, inclusive sob a ótica do dualismo imperatividade versus consensualidade. Outrossim, é de suma importância a análise dos impactos decorrentes da mudança da governança estatal do tipo hierarquizado weberiano para um modelo policêntrico (entidades reguladoras independentes; organizações paraestatais e entidades não estatais autorreguladoras de interesses públicos)<sup>313</sup>.

Os novos tempos, marcados pela pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, deram azo a um processo fragmentário da administração pública, o que resultou no surgimento de órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira/reforçada autonomia, de

---

<sup>313</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n.º 227, jan./mar. 2002, p. 132.

uma descentralização material, que os tornou mais capazes de ponderar os diversos interesses sociais presentes<sup>314315</sup>.

Tal evolução, mais do que se revelar em uma mudança dos paradigmas do Direito Administrativo, é reflexo do complexo estágio em que se encontra a sociedade. Os diversos interesses que no Estado pluriclasse recebem a proteção legislativa, a tecnização dos meios necessários à sua satisfação e a exigência de tais interesses serem tratados com imparcialidade frente ao jogo político-partidário fizeram com que o Estado fosse progressivamente criando em seu interior novos centros de poder dotados de diferentes modelos organizativos<sup>316</sup>.

Assim, a insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao Poder Executivo central, cujo exemplo mais relevante, nos direitos positivos brasileiro e europeu, são as agências reguladoras independentes, é uma exigência da eficácia da regulação estatal em uma sociedade que, tal como o Estado, se torna cada vez mais diferenciada e complexa. Contudo, não se pode olvidar que a adoção de um modelo multiorganizativo e pluricêntrico de Administração Pública pode vir a gerar riscos à legitimidade democrática da sua atuação. Em outras palavras, uma das suas maiores vantagens - a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do Chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados) - é também um dos seus maiores riscos<sup>317</sup>.

Entende-se que, como forma de se evitar o desvio democrático destas instituições, há que se ter sempre como norte a sua vinculação às

---

<sup>314</sup> Costantino Mortati observa que o escopo da descentralização não é apenas o de aproximar a Administração dos cidadãos para que a atuação administrativa se dê, de um lado, de forma mais rápida e cômoda para estes, e de outro, mais consentânea com as suas necessidades, em virtude do maior conhecimento destas propiciado pela descentralização, mas também o de fracionar o poder do Estado evitando a sua concentração nas mesmas mãos (Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo I, CEDAM, Padova, 10ª ed., 1991, p. 634). In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 132.

<sup>315</sup> Segundo Alexandre Aragão: O Conselho de Estado da Itália já decidiu que o "fracionamento institucional entre órgãos distintos do complexo das atividades unitariamente destinadas à satisfação de interesses públicos ... é uma das mais concretas e indiscutíveis garantias da atuação imparcial" (apud CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 6ª Ed. Milão: Editora Garzanti, 2000, p. 168/9). In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 132.

<sup>316</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 132.

<sup>317</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 149-150.

pautas estabelecidas pelo Legislador para as políticas públicas cuja implementação lhes é atribuída, assim como a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições independentes. Por conta disso, há que se ter a nomenclatura "independente" conferida às agências reguladoras somente como um meio de denotar a sua autonomia reforçada, que, todavia, é, como toda autonomia, por definição limitada<sup>318</sup>.

Segundo Alexandre Aragão, em expressa alusão à doutrina de Jean-Louis Quermonne: *longe de propugnar um retorno ao monolitismo – cuja nostalgia sobrevive nos espíritos jacobinos – a prática das autoridades administrativas independentes deve favorecer uma evolução que promova um policentrismo equilibrado. Não se trata, certamente, de uma receita mágica. E não podemos confundi-la com a evolução simétrica, que consistiria em menosprezar as administrações centrais – a que seriam reservadas as funções de concepção, de coordenação e de controle – em benefício do agenciamento às estruturas mais ágeis e adaptadas – tais como aquelas que se desenvolvem no domínio das telecomunicações – às quais seriam confiadas as responsabilidades de gestão*<sup>319</sup>. Em resumo, as agências reguladoras e outros órgãos e entidades similares seriam dotados de ampla autonomia decisória, autonomia esta que, todavia, seria instrumental à realização dos objetivos fixados na lei e nas políticas públicas estabelecidas pela Administração central.

Tendo sido traçado o contexto em que se dá a teoria do Estado regulador frente os desafios da modernidade, cujas nuances dessa foram objeto de reflexão em subcapítulo anterior, convém passar à análise de como tem dado a aplicação do direito regulatório.

#### **4.3. Análise crítica da constante atualização do direito regulatório**

No que tange ao direito regulatório e a sugestão de que deve estar em constante atualização para fazer frente às inovações e novos desafios criados com o uso de ferramentas como o *Big Data*, há quem critique essa não-

---

<sup>318</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 150.

<sup>319</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica...*, p. 150.

estratificação das normas jurídicas, por entender que *o desejo de substituir uma avaliação por uma mais cômoda fórmula de mensurabilidade vai frequentemente transformar o direito de que se socorrem os agentes numa boceta de recepção de simples regras técnico-científicas, que ao sentimento do jurista ou do homem comum não podem dizer nada e supõem o concurso duma super-burocracia de especialistas*<sup>320</sup>.

Para os defensores dessa corrente, é o que se passa na edição de normas regulatórias dos mais diversos setores, como construção civil, telecomunicações, consumo de água, gás ou eletricidade, importação e produção de determinados insumos, dentre outros, para os quais se verifica, cada vez mais, uma presença de conhecimentos especializados que emanam sobre a linguagem jurídica e sobre o próprio direito, resultando numa *inundação*<sup>321</sup>.

Assim, segundo esses críticos, na afã de não deixar qualquer ponto por regulamentar, recorre-se a uma monstruosa produção de normas que, em vez de assegurarem uma maior liberdade ao indivíduo, impõe uma igualdade uniforme e imutável, em a que Administração resolve esquematicamente. Esse fenômeno é chamado de *motorização do legislativo*, e é particularmente perceptível nos novos ramos do direito com estreita ligação com o crescimento da técnica, da industrialização e da era cibernética, os quais são predominantemente finalísticos e, segundo Ehrhardt Soares, *pobres de tradições, amigos da organização e inimigos da institucionalização*, sugerindo uma tecnicização legislativa mais apertada do que os tradicionais<sup>322</sup>.

A crítica apontada chama à reflexão se essa constante produção normativa de índole regulatória é realmente indispensável em face do esquema de conformação do corpo social e se essa projeção sobre a liberdade dos indivíduos – no caso do presente estudo, sobre o direito fundamental da personalidade, especialmente, na vertente do direito à proteção de dados – se calca na busca, em último termo, pela proteção dos valores fundamentais da pessoa. Para tal corrente, já não se pode mais aceitar a alegação de que a lei

---

<sup>320</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 170-171.

<sup>321</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 172.

<sup>322</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 175.

nunca atenta contra o mundo da liberdade pessoal, haja vista terem sido dissolvidos os pressupostos políticos da concepção burguesa e respectiva ética do legislador. Por conta disso, os juristas devem evitar atuar apenas como exegetas do direito positivo<sup>323</sup>.

Nessa linha, esse avanço do ente estatal – insidiosamente disfarçado sob a aparência de uma legalidade formal por intermédio do direito regulatório – sobre a liberdade dos indivíduos somente pode ser controlado com amparo no texto constitucional, o qual deve ser entendido como um receptáculo de valores fundamentais da organização da sociedade, ou ainda, como uma tentativa de afirmação das concepções histórico-políticas sobre as quais se pode erigir uma possibilidade de equilíbrio de forças numa perspectiva temporal voltada para o futuro<sup>324</sup>.

Em prossecução, alega-se que não é possível considerar os elementos sociais como um mero elemento capaz de forçar ou limitar o campo de ação da norma constitucional, especialmente no que tange a setores de especial tensão, como são os atrelados aos novos ramos do direito, como, *in casu*, o referente ao mundo digital<sup>325</sup>.

Apesar de tal crítica mencionar que o texto constitucional é a uma barreira de resistência à aludida *motorização do legislativo*, aquela, por igual turno, reconhece que aquele deve ser interpretado com maior largueza, não devendo ser considerado apenas um simples catálogo de garantias negativas. Portanto, o que se reclama agora é que seja deixado claro o nexo intrínseco entre a Constituição e a realidade constitucional, ou seja, o cenário fático onde ela é aplicada, de forma a acentuar a bipolaridade do valor da Constituição como uma espécie de ordenação coordenada do equilíbrio dinâmico de uma sociedade política<sup>326</sup>.

Por conta disso, afirmam que os valores fundamentais mais ameaçados e sobre os quais se erigiu o Estado moderno são os atinentes ao auto-desenvolvimento do homem como ser único, os quais podem vir a sofrer

---

<sup>323</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 176-177.

<sup>324</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 179.

<sup>325</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 184.

<sup>326</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 184.

ação tanto por conta do Estado quanto por contingências da estruturação autônoma da própria sociedade. Em decorrência disso, os indivíduos correm o risco de ser reduzidos a uma espécie de engrenagem e, o que é mais grave ainda, é a possibilidade de eles virem a se resignar, a aceitar tal tratamento, adaptando-se à regra do jogo para aproveitar ao máximo o que é oferecido pelo sistema, haja vista a sociedade técnica fornecer uma multidão de substitutos para a postulada liberdade, muitas vezes vista como concessão de *tempos livres, hábeis em deixar ao homem a possibilidade de construir ilhas de interesses espirituais, num mundo que, todavia, não deixa lugar à liberdade*<sup>327</sup>.

Há que se ressaltar, porém, que tal corrente crítica da constante produção normativa de cunho regulatório admite não ser monopólio dos juristas a tarefa de salvar a liberdade do homem. Contudo, aponta que a tais profissionais cabe a maior parte do encargo de zelar para que hodiernas tendências niveladoras e uniformizantes observem o limite da personalidade.

Por fim, tal corrente pontua que, naturalmente, o Estado de Direito não se realiza consoante o que prescreve uma fórmula, tampouco é obra de execução ou um edifício que possa ser acabado, caso sejam inseridas certas garantias técnicas na organização política da sociedade como modo de formalizar determinado mecanismo jurídico<sup>328</sup>.

Gerd Von Rinck é mais explícito, pois aponta a diferença conceitual nas disciplinas jurídicas originárias e nas normas reguladoras de caráter técnico, o que importa numa conformação dessas últimas em relação às primeiras, e que se dá com amparo nas regras da hermenêutica jurídica. No entanto, em muitos casos, o resultado dessa interpretação acaba por apontar para os resultados conseguidos pelos caminhos doutras ciências: *[o]ra o problema torna-se particularmente agudo quando as leis recebem formulações de caráter técnico-matemático, em vez de conceitos de expressão literária. Para tais casos (...) recusa-se a considerar estes preceitos como normas jurídicas, mas somente como princípios internos de Administração. Isto decorre, no seu entender, de que o princípio da obrigatoriedade da lei implica a*

---

<sup>327</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 187.

<sup>328</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 189.

sua inteligibilidade. Assim para o juiz há o direito e o dever de desconhecimento das regras técnicas<sup>329</sup>.

Outra crítica feita por parte da doutrina quanto a esse novo proceder da Administração diz respeito ao que já foi identificado décadas atrás e que faz parte do nosso cotidiano. Para essa parcela dos estudiosos, a pressão exercida pelos setores técnicos da iniciativa privada sobre o agir estatal faz com que a Administração tenha de considerar normal o uso de instrumentos mecânicos de informação – hoje em dia, também os instrumentos digitais e algoritmos –, que substituem decisões de seus agentes estatais, com inegável rapidez, uniformidade e economia, mas que, por outro lado, revelam uma total incapacidade de adaptação às circunstâncias e um radical desprezo das garantias do particular<sup>330</sup>.

Ehrhardt Soares, em interessante reflexão, anteveio, décadas atrás, alguns dos desafios por que passamos hoje, tendo indagado: (...) *o que será o direito administrativo sem funcionários, quando, numa sociedade regida pela cibernética, for reservado à máquina a prática de todos os actos administrativos. Aí e noutros sectores da vida pública, a tentação de eficácia que reside em todo o poder encontra no uso dos meios técnico-mecânicos novos motivos para o desconhecimento dos valores fundamentais do homem*<sup>331</sup>.

Não obstante o brilhantismo da doutrina de Ehrhardt Soares, alinha-se aqui com parte da doutrina que entende esse posicionamento é atrelado a um modelo de direito administrativo que se encontrava num estado de *exaustão paradigmática*<sup>332</sup>, o qual, de certa forma, é bem resumido por Marçal Justen Filho, no sentido de que *o instrumental do direito administrativo*

---

<sup>329</sup> RINCK, Gerd Von. *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnorm*, in *Recht im Wandel, Festschrift Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag Kg.*, p. 361 e segs. In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 172.

<sup>330</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 172-173.

<sup>331</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 173.

<sup>332</sup> Tal expressão foi utilizada por Gustavo Binenbojm em referência à obra *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas Kuhn. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26-29.



*se reporta ao século XIX (...) com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa (...)*<sup>333</sup>.

Parece assente na doutrina a pertinência do direito regulatório para fazer frente aos desafios da modernidade. Nesse sentido, Paulo Otero, apesar de falar especificamente sob o viés econômico e do urbanismo, mas que, pode ser muito bem adaptado à realidade algorítmica, afirma que o *desenvolvimento evolutivo do Direito Administrativo assinala nas últimas décadas um considerável movimento no sentido de um maior intervencionismo regulador de sectores até há pouco quase esquecidos. [...] Existe aqui um fenómeno de atracção de tais matérias para a órbita administrativa, criando núcleos novos de “Direitos Administrativos espaciais”*<sup>334</sup>.

Paulo Otero vai além, pois, para ele: *[a] clássica postura do Estado perante certos fenómenos foi forçada a modificar-se pela emergência de novos riscos e perigos e pela consciencialização social de novos valores: as satisfação de novas necessidades colectivas a cargo da Administração de um “Estado-providência”, [...] sem gerar qualquer efeito reducionista na intervenção estadual, provocou (e irá provocar ainda mais) o surgimento de modalidades diversificadas de intervencionismo jurídico-administrativo*<sup>335</sup>.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld assevera que *[d]esde a metade da década de 1990 não só houve uma mexida geral na legislação administrativa – inclusive na Constituição – como dois movimentos atingiram profundamente a cultura do direito administrativo: os da privatização e da reforma da gestão pública*<sup>336</sup>.

Restando assentada a pertinência do direito regulatório para tentar fazer frente aos desafios da modernidade, os temas em destaque na doutrina não mais se apresentam em torno de argumentos de afirmação de identidade da função da regulação, mas sim, em torno de como melhorá-la.

---

<sup>333</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

<sup>334</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 303.

<sup>335</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade...*, p. 303.

<sup>336</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

Nesse ponto, a proposta trazida ao debate, ou seja, como o direito regulatório deve enfrentar os desafios criados pelo *Big Data* e a eventual aceitação da regulação algorítmica para tentar fazer frente a potenciais efeitos perniciosos do uso daquela ferramenta, está perfeitamente alinhada com a novel doutrina administrativista, que reconhece a importância do direito regulatório para lidar com tais problemas. No entanto, apresenta-se curial aferir se o exercício desse mister pode confluir numa “inflação normativa” de caráter regulatório.

#### **4.3.1. Inflação normativo-regulatória ou adaptação à realidade social premente?**

Na linha da doutrina de Ehrhardt Soares, há crítica quanto à chamada *legislação de urgência*, a qual pretende oferecer resposta às transformações rápidas do ser social e que, segundo os críticos, vai corromper o próprio conceito de lei, pois que ela pode passar se apresentar, em grande parte dos casos, apenas como medidas econômico-sociais de duração limitada. Destarte, em vez de uma norma solenemente afirmada para, apenas em circunstâncias excepcionais, regular a conduta dos homens, haja vista o valor da liberdade dever ser a regra, o que se vê é uma enormidade de princípios-regra que exprimem a *motorização do legislativo, com o inevitável efeito duma inflação legislativa*. Com isso, tem-se uma sobrecarga do Poder Legislativo ou uma entrega de partes de suas funções para o Poder Executivo<sup>337</sup>.

Ainda segundo tais críticos, em decorrência de tal fenômeno, é perceptível a queda do sentido político base da separação do poder, que identifica o Legislativo como expressão e defensor da sociedade, em face do Executivo como representante dos valores da organização estatal, tornando a consciência jurídica menos sensível ao impacto dessas transformações. Convém ressaltar, todavia, que se reconhece que a sociedade de hoje também busca o atendimento de anseios por meio de tensões políticas que têm como objetivo a satisfação daqueles por parte do Estado<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 151.

<sup>338</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 152.

Dito isso, o cerne da questão reside em procurar saber como a organização constitucional concreta pode responder a essas tensões, e se são instituídos *canais de legitimação* suficientes para que certo órgão constitucional tenha seu reconhecimento pela sociedade política. Tal fenômeno é o que ocorre na Constituição norte-americana, que, em razão do jogo especial da sua legitimação interna, faz com que o representante político do cidadão seja o Poder Executivo, tendo mais facilidade para aceitar a ideia de um direito regulamentar de maior transcendência que o definido pelo Legislativo. A título exemplificativo da diferença de celeridade de produção normativa entre os aludidos Poderes, tem-se o cenário em o Presidente Roosevelt conseguiu editar o *New-Deal* no período em que o Congresso se atinha a discussões acerca do problema das embalagens de manteiga<sup>339</sup>.

Apesar das críticas à produção normativa apontada como criadora de uma inflação legislativa, faz-se mister realçar que a organização pluralística da sociedade atual cria um problema acerca da separação de poderes, contudo, com feição diferente da que lhe foi dada nos moldes tradicionais. Neste momento, trata-se de organizar o Estado de modo a que ele seja municiado de instrumentos de forma a oferecer garantia contra o abuso do próprio poder e, simultaneamente, uma cautela contra as forças sociais divergentes<sup>340</sup>.

Em outras palavras, isso denota a necessidade de a teoria da separação dos poderes abandonar a formalização tradicional da sua utilização mecânica para se transformar em um critério técnico da organização do Estado, o que se deve orientar pela ideia de uma *separação de funções* com o fito de conseguir um contrapeso mútuo em detrimento de uma radical repartição<sup>341</sup>.

Tal sistemática tem como propósito tentar resolver um dos problemas mais sensíveis no que concerne a teoria do Estado nos dias atuais, pois, em razão da celeridade dos meios que interferem no nosso modo de vida, em especial, o mundo virtual, não há que se criar óbice para que o Executivo

---

<sup>339</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 152-153.

<sup>340</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 153.

<sup>341</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 153.

também crie salvaguardas para a liberdade do indivíduo ou de uma pluralidade de grupos, o que consegue fazer, em regra, de forma mais rápida. Assim, a contraposição entre Executivo e Legislativo, defendida pela crítica acima apontada quanto ao modo de produção normativa, pode não ser suficiente para resolver o problema da defesa das liberdades individuais ou de determinados grupos, pois, se assim se estivesse a agir, estar-se-ia a esquecer de uma suposição política originária da distinção: *um quadro de interesses da sociedade distinto dos valores do Estado; e que, por outro lado, os ataques à liberdade podem advir precisamente do poder legislativo*<sup>342</sup>.

Eis interessante reflexão doutrinária sobre o tema:

*(...) perante o poder do Estado considerado como um todo, vão aparecer outros centros definidores de legitimação, capazes de contribuir para retirar ou tornar mais débil aquela que ele procura invocar. A máquina estadual tem o seu sistema de captação de legitimidade, que corre o risco de acreditar na sinonímia entre obediência e aceitação se não de dotar de suficientes canais de ligação com o corpo social. Isto não equivale à reedição da velha fórmula da dicotomia Estado-sociedade; apenas pretende afirmar que entre o Estado como grupo político e o Estado como aparelho governante há um permanente sistema de retroacção que não pode deixar-se desafinar*<sup>343</sup>.

Pelo que vimos, o pluralismo social vem a integra-se num quadro alargado de separação de poderes, e representa uma função positiva na organização de um Estado moderno. Contudo, isso não significa indubitavelmente que a audiência aos anseios de determinados grupos signifique uma total capitulação do Estado como máquina ou que as estruturas de governo tenham de aceitar passivamente a presença dessas forças e submeter-se às suas pressões. Na verdade, trata-se mais de defender uma forma de institucionalização dos interesses de tais grupos organizados, sem, todavia, lhes roubar a autenticidade dos pleitos. Além disso, tal forma de

---

<sup>342</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 153.

<sup>343</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 159.

proceder de se pautar por uma transparência de organização e funcionamento dirigida a permitir que a opinião pública possa exercer sobre eles sua influência<sup>344345</sup>.

Há quem entenda que a lei não é mais uma afirmação carregada de sacralidade, e, pela exigência de adaptação a um quadro social em constante mudança, rebaixa-se a um mero expediente técnico, frequentemente com intenções de solução de um esquema de interesses concretos. Além disso, os novos setores da Administração são menos permeáveis do que os tradicionais a considerações de natureza política ou governamental, porém são mais suscetíveis a sinais atrelados à ideia de eficiência, muito por conta *do seu parentesco económico com a atividade das grandes empresas privadas*. Assim, se em outros tempos o paradigma era o modelo estatal, o qual era copiado para a organização das empresas, hoje se verifica o contrário<sup>346</sup>.

Nesse ponto, tem-se, com a devida vênia, que a posição de Ehrhardt Soares, por conta das constantes mudanças nos dias atuais, merece ser objeto de ressalva parcial, pois uma mitigação da sacralidade da lei talvez seja o que se espera com o fito de regular relações e conflitos que ocorrem numa dinâmica antes inimaginável como no caso específico do objeto desse estudo, o *Big Data*.

Tal mitigação destina-se a defender os direitos individuais e dos grupos na sua vertente do direito fundamental da personalidade, bem como outros institutos passíveis de ataques, como o Estado Democrático de Direito e a própria democracia, não se tratando, portanto, de uma inflação normativo-regulatória, mas sim, de uma adaptação estatal à realidade social premente,

---

<sup>344</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 160-161.

<sup>345</sup> Ehrhardt Soares, em reflexão, de certa forma, poética sobre a questão assevera: *A dimensão plural da sociedade de massas em que vivemos é um dado que não pode recusar-se. Torna-se extremamente perigoso encará-la como muitos Jeremias modernos, quer eles lamentem o enfraquecimento do Estado, quer eles chorem o naufrágio do homem. O que se pede hoje é a corajosa compreensão do mundo em que estamos situados e o reconhecimento de que aquele Estado que se julga comprometido assenta em representações doutra época. Se se quiser fazer esse esforço, então poderá atingir-se uma fórmula de equilíbrio de poderes entre a máquina do Estado e a estrutura social por grupos; e o homem submerso nas tensões de duas máquinas, que não pode deixar de considerar suas, talvez tenha um destino que não seja o da resignação do desespero.*

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 161.

<sup>346</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 170-171.

com vistas à realização de finalidades coletivas, dando concretude à legitimidade conferida ao Estado democrático de Direito.

Por conta disso, apresenta-se relevante ao presente estudo a análise da juridicidade de uma nova forma de regulação: qual seja, a algorítmica, destinada a enfrentar possíveis desafios advindos do uso *Big Data* decorrentes da inobservância dos ditames do RGPD ou mesmo quando não estiver em desobediência a algum dispositivo, esteja em afronta ao princípio fundamental da personalidade.

#### **4.4. A regulação algorítmica**

O avanço das tecnologias da informação, em especial do *Big Data* e das diversas aplicações da inteligência artificial, tem impactado nos mais diferentes ambientes, sejam públicos ou privados.

Quanto à esfera privada são inúmeros os exemplos, alguns dos quais são perceptíveis, empiricamente, no dia a dia, por cada usuário da internet ou de aplicativos digitais, tais como *marketing* direcionado com base na análise do perfil de acessos, como o que é feito pelo aplicativo *MyPersonality*, ou mesmo no caso da precificação de bilhetes aéreos, ambos citados no primeiro capítulo. Assim, não parece ser muito produtivo ao estudo, utilizar-se, deste subcapítulo para enumerar uma imensa lista de casos de aplicação do *Big Data* na esfera privada, pois é mais profícua uma análise acurada de caso a caso.

No seio estatal, identifica-se igualmente uma série de tarefas, antes desempenhadas por funcionários públicos, que estão sendo substituídas por máquinas operadas por sistemas algorítmicos, com vistas ao aumento de eficiência.

Sendo assim, esse breve relato parece suficiente para ilustrar a quadra em que nos encontramos, revelando-se curial que se avance para análise de algo que dialogue com o cerne do presente estudo, ou seja, a admissibilidade da regulação algorítmica.

Dito isso, tem-se que, quando metas e decisões políticas precisam ser convertidas em um programa de computador, isso gera um problema de regulação algorítmica<sup>347</sup>.

Conforme conceituado no primeiro capítulo, e que, por questão didática revela-se razoável repisar, algoritmos são tidos como *um conjunto de rotinas finitas e logicamente encadeadas que tratam dados para atingir os objetivos ou realizar os procedimentos definidos pelos seus desenvolvedores*<sup>348</sup>, ou ainda, *como regras formais, geralmente escritas em código de computador, que fazem previsões sobre eventos futuros baseados em padrões históricos*<sup>349</sup>.

É preciso destacar que a utilização dos algoritmos traz consigo a ideia de “governança algorítmica”, que é parte de uma longa tendência histórica em direção à mecanização da governança<sup>350</sup>. Nesse ponto, a governança ou a regulação refere-se ao respeito ao controle, as maneiras ou formas de realizar, moldar e conduzir o comportamento das pessoas, de segmentos do mercado e da sociedade<sup>351</sup>.

Em detalhado conceito do que seria a regulação algorítmica, Karen Yeoung afirma que aquela se refere [...] *a sistemas de tomada de decisão que regulam um domínio de atividade para gerenciar riscos ou alterar o comportamento através da geração computacional contínua de conhecimento através da coleta sistemática de dados (em tempo real, de forma contínua) emitidos diretamente de vários componentes dinâmicos pertencentes ao ambiente regulado a fim de identificar e, se necessário, refinar*

---

<sup>347</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>348</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>349</sup> O'NEIL, Cathy. *How can we stop algorithms telling lies?*. The Guardian, 16 de julho de 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/16/how-can-we-stop-algorithms-telling-lies>. Acesso em: 30 de março de 2019.

<sup>350</sup> DANAHER, John *et al.* *Algorithmic governance: developing a research agenda through the power of collective intelligence*. Big Data & Society, v. 4, n. 2, 2017. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>351</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

*automaticamente (ou solicitar refinamento) as operações do sistema para atingir uma meta pré-especificada*<sup>352</sup>.

Prosseguindo, para Silveira, a *regulação algorítmica resulta da transferência da autoridade decisória de autoridades e gestores públicos para os sistemas de tomada de decisões baseados ou operados por algoritmos*. Como exemplo, o citado autor menciona um sistema empregado no Estado americano do Wisconsin, o qual, baseado em pontuações, tenta prever a possibilidade de um indivíduo vir a se tornar reincidente criminal, determinando o grau de periculosidade de réus e suas respectivas penas<sup>353</sup>.

Tal sistema informático tem sido alvo de críticos que o consideram falho, principalmente por ter um viés racista. Uma pesquisa realizada pela agência *ProPublica* constatou que réus negros, devido ao histórico familiar e por residirem em áreas mais economicamente carentes, estariam recebendo penas mais elevadas que criminosos brancos de maior periculosidade<sup>354</sup>.

Todavia, há quem faça defesa do seu uso, como Anthony Flores, professor assistente do departamento de Direito Penal da Universidade do Estado da Califórnia, em Bakersfield. Para ele, *os algoritmos já provaram ser melhores que os juízes para prever se uma pessoa vai voltar a cometer um crime*<sup>355</sup>.

O fato é que algoritmos só podem prever o futuro com base em uma estrutura de dados coletados no passado. Estes dados podem trazer um componente racista que acaba por ser projetado para o futuro<sup>356</sup>.

Tim O'Reilly, no ensaio *Open data and algorithmic regulation*, datado de 2013, discorreu sobre a importância da regulação algorítmica, sem, contudo, defini-la. No seu bojo, destacou quatro características que ela deveria

---

<sup>352</sup> YEUNG, Karen. *Algorithmic regulation: a critical interrogation*. Regulation & Governance, v. 12, n. 4, publicado em 31 de julho de 2017. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12158>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

<sup>353</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>354</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>355</sup> MAYBIN, Simon. *Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA*. BBC News, 31 outubro 2016, online. Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>356</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.



apresentar: (I) a compreensão precisa dos resultados desejados; (II) a medição em tempo real se esse resultado está sendo alcançado; (III) o conjunto de regras que fazem ajustes com base na entrada de novos dados; e, (IV) análise periódica e profunda para avaliar se os algoritmos estão corretos e funcionando conforme esperado<sup>357</sup>.

Há de se ressaltar que a opinião de O'Reilly, otimista em relação à regulação algorítmica, principalmente por acreditar no sucesso de uma estrutura de dados públicos abertos – conhecidos pela sociedade – e que o processo algorítmico poderia ser eficiente e justo, é alvo de crítica<sup>358</sup>.

A literatura que aborda a regulação e a governança algorítmica apresenta inúmeros benefícios dos sistemas operados por algoritmos destacando, em regra, a rapidez, eficiência, abrangência e imparcialidade<sup>359</sup>.

No entanto, revela-se prudente apontar correntes críticas a tal forma de regulação, as quais a veem com ressalvas, essas amparadas em reflexões de ordem política, social, ética e jurídica, e que seriam inerentes aos sistemas automatizados organizados pelos algoritmos. Há também posicionamentos que trazem as questões de privacidade e proteção de dados e suas complexas relações com a vigilância e com os algoritmos<sup>360</sup>.

Quanto aos problemas discutidos pela doutrina, Tal Zarsky fornece uma taxonomia para classificá-los. Segundo ele, os sistemas de tomada de decisão algorítmica têm duas propriedades principais: eles são potencialmente opacos e podem ser automatizados<sup>361</sup>.

E prossegue afirmando que essas duas propriedades dão origem a uma taxonomia particular de objeções, a qual divide o problema em dois ramos principais: (I) um ramo da eficiência (que cobre os problemas

---

<sup>357</sup> O'REILLY, Tim. *Open data and algorithmic regulation*. In: *Beyond transparency: open data and the future of civic innovation*. Ed. Brett Goldstein e Lauren Dyson. <http://beyondtransparency.org/chapters/part-5/open-data-and-algorithmic-regulation/>. Acesso em: 4 de abril de 2019.

<sup>358</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>359</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>360</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>361</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

decorrentes da imprecisão das decisões tomadas por meio da assistência algorítmica); e (II) um ramo de justiça (que cobre problemas decorrentes do tratamento injusto de pessoas sob sistemas de governança algorítmica)<sup>362</sup>.

Consoante o que foi exposto, alguns questionamentos sobrelevam-se: uma regulação eficiente e justa poderia ser efetivada por sistemas algorítmicos? Uma regulação realizada por algoritmos atentaria para os preceitos democráticos?

Por óbvio, a reflexão até aqui engendradora parte da premissa que arranjos algorítmicos ou sistemas de controle que possuem componentes devem permanecer em conformidade com as leis democraticamente aprovadas.

Como pergunta macro e de ordem prática referente às duas acima, ter-se-ia: como controlar os processos operados pelos algoritmos que não são visíveis aos cidadãos e muitas vezes são desconhecidos pelos próprios gestores e autoridades públicas?

Quanto a isso, vale salientar que, com a utilização do *Big Data* e de algoritmos de aprendizado de máquina, se torna mais difícil obter as informações indispensáveis sobre o funcionamento dos sistemas algorítmicos<sup>363</sup>.

Explicando como se daria, na prática, a regulação algorítmica, Karen Yeung assevera que os sistemas de regulação algorítmica atuam de duas formas básicas: a reativa e a preditiva. Os sistemas reativos atuam acionando uma resposta automatizada com base na análise algorítmica de dados históricos de desempenho em tempo real. Por sua vez, os sistemas preditivos agiriam com avaliação algorítmica de dados históricos para inferir previsões sobre o comportamento futuro<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> DANAHER, John *et al.* *Algorithmic governance: developing a research agenda through the power of collective intelligence...*, p. 4. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>363</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>364</sup> YEUNG, Karen. *Algorithmic regulation: a critical interrogation*. Regulation & Governance..., Acesso em: 12 de abril de 2019.

E continua acentuando que, em geral, algoritmos de aprendizado de máquina (*machine learning*), aprendizado profundo (*deep learning*), genéticos, entre outros de grande complexidade, têm como característica sua alteração constante. Assim, algoritmos de aprendizado de máquina receberiam regras de operação e instruções para aprender com acertos e erros. Uma de suas características mais importantes é que começariam a reescrever seus códigos para aumentar seus acertos e atingir suas finalidades<sup>365</sup>.

Sendo assim, outro ponto nodal referente à aludida regulação se apresenta, qual seja, a possibilidade de algoritmos de aprendizado de máquina serem controlados por humanos.

Destarte, não se olvida que, para serem utilizados nas atividades de um Estado democrático de Direito, algoritmos que conduzem comportamentos dos cidadãos e operam a automação dos procedimentos das instituições estatais, além de estar em conformidade com as leis, precisariam ter um nível de transparência considerado adequado pela sociedade<sup>366</sup>.

Fazendo importante alerta, Frank Pasquale sustenta que os sistemas algorítmicos são ofuscados e envoltos pelo sigilo. Isso gera um grave problema para o Estado democrático, haja vista a democracia não conviver bem com a opacidade. Assim, como fiscalizar algo que não tem o seu funcionamento transparente? Como compreender um conjunto de milhares de linhas de códigos e funções matemáticas que podem se alterar constantemente?<sup>367</sup>.

Por sua vez, Lucas Introna estabelece que, mesmo que tenhamos acesso ao código-fonte de um *software* ou ao texto do algoritmo, seria improvável ou demasiadamente complexa a análise das milhares de linhas que definem sua operação. Essa característica do que é inescrutável, indecifrável, se agrava com algoritmos genéticos e de aprendizado da máquina – *machine*

---

<sup>365</sup> YEUNG, Karen. *Algorithmic regulation: a critical interrogation*. Regulation & Governance..., Acesso em: 12 de abril de 2019.

<sup>366</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>367</sup> PASQUALE, Frank. *The black box society*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

*learning* –, uma vez que evoluem e se alteram cada vez que são expostos a um conjunto maior de dados<sup>368</sup>.

Já Douglas Heaven afirma que os algoritmos de inteligência artificial “pensam” de modo muito diferente dos humanos. As escolhas do algoritmo são baseadas em dados tratados por análises estatísticas extremamente complexas. Segundo ele, nem mesmo um programador experiente não conseguiria compreender o conjunto de regras que motivaram uma certa decisão, já que os sistemas funcionam combinando funções matemáticas complexas e não narrativas, numa espécie de “linguagem” incognoscível para os seres humanos<sup>369</sup>.

Dito isso, no exercício do mister público, ou seja, especificamente quanto à prestação dos seus serviços, não parece admissível que um Estado democrático de Direito aceite a livre utilização de sistemas algorítmicos, ágeis, eficientes, eficazes, automatizados, substitutos de funções humanas, sem que possam ser democraticamente controlados e auditados. Assim, para garantir o controle democrático dos algoritmos que começam a ser utilizados pelos poderes de Estado são necessárias algumas mudanças<sup>370</sup>.

A primeira delas diria respeito ao modo como o Estado contrata os sistemas informacionais e, a segunda, à formação de gestores responsáveis pelos sistemas algorítmicos. Segundo Silveira, o Estado democrático não deveria contratar sistemas algorítmicos com o código fechado, pois não permite a auditabilidade plena e impossibilita os gestores de conhecer a efetiva dinâmica e funcionamento da solução utilizada. Outrossim, é recomendável que o projeto, a concepção e a arquitetura dos sistemas de informação sejam formulados com a participação dos agentes públicos. O Estado deve preparar seus gestores para compreender e dialogar com os cientistas de dados, estatísticos e desenvolvedores de *softwares*<sup>371</sup>.

---

<sup>368</sup> INTRONA, Lucas. *Algorithms, governance, and governmentality: on governing academic writing*. Science, Technology & Human Values, 3 de junho de 2015, p. 25.

<sup>369</sup> HEAVEN, Douglas. *Not like us: artificial minds we can't understand*. *New Scientist*, v. 219, n. 2929, 2013, p. 35.

<sup>370</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>371</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

Nesse linha, Silveira lança diversos questionamentos: *para uma democracia, seria suficiente que apenas as corporações e os gestores públicos tivessem compreensão dos sistemas algoritmos que passariam a controlar importantes atividades do Estado? Seria também necessário que os cidadãos pudessem decidir sobre a criação, implementação e uso desses sistemas? Mas é possível traduzir sistemas algorítmicos tão complexos para leigas e leigos em estatística, em computação, em sistemas de informação? Ou o uso de algoritmos estaria em uma esfera de decisão tipicamente interna e operacional sem relevância para as democracias?*<sup>372</sup>.

E continua o citado autor ao trazer um exemplo de suas reflexões<sup>373</sup>:

*[v]amos analisar um caso limite. Na hipótese de o Estado resolver utilizar veículos não tripulados autômatos, sem supervisão humana, para garantir a segurança pública, certamente esses dispositivos serão operados por algoritmos de inteligência artificial. Trata-se de uma escolha das autoridades e gestores de uma área especializada do Estado. Todavia, os representantes da sociedade civil, os juristas, a Defensoria Pública e os Procuradores do Estado, entre outros, poderão reivindicar o acesso aos parâmetros e principais decisões embutidas e realizadas pelos sistemas algorítmicos que controlam esses aparelhos. Por seguirem rotinas, identificarem padrões e buscarem determinados objetivos, os algoritmos de aprendizado de máquina presentes nos aparelhos não operam como humanos. Pessoas sentem medo, raiva, fadiga, vacilam no cumprimento de uma ordem, mas algoritmos, não. Eles seguem instruções.*

*Quais são os princípios da operação desses dispositivos? Quais suas regras básicas? Existem instruções que não são passíveis de alteração. Quais são elas? As orientações de*

---

<sup>372</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>373</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

*aprendizagem originais devem ser conhecidas dos representantes da sociedade civil? Ou devem ser de amplo conhecimento social?*

Após as questões que aventou, Silveira conclui que, no do caso limite de um dispositivo de segurança que patrulha nossas ruas ou voa sobre nossas cidades, dificilmente se poderá operá-lo sem anuência legal, pois, segundo ele, *os sistemas algoritmos não poderão estar acima da lei*, com a ressalva de que, *[o]bviamente, essa questão não se coloca para regimes não-democráticos*<sup>374</sup>.

Um outro ponto interessante refere-se às chamadas redes sociais *online*, as quais são empreendimentos privados de grande acesso onde ocorrem interações coletivas e se formam ondas de opinião pública. Contudo, pelo impacto que causam na sociedade, são polos de grande relevância para a democracia. Os algoritmos dessas plataformas definem o que as pessoas vão ler, ver e ouvir. As postagens de conteúdo são filtradas e visualizadas pelos usuários, conforme as definições dos algoritmos. Por conta disso, tais algoritmos acabam modulando a visão e a opinião dos integrantes das redes sociais<sup>375</sup>.

A influência dos algoritmos no modo de agir dos usuários decorre de uma arquitetura de decisão<sup>376</sup>. As redes sociais *online* podem influenciar as pessoas não pelo discurso, mas pela oferta e sugestão de navegação. Cass Sunstein e Richard Thaler argumentam que as pessoas podem ser muito influenciadas por pequenas mudanças no contexto, nos ambientes onde habitam, nos locais por onde passam ou navegam. Contudo, os usuários não percebem que pequenos detalhes, aparentemente insignificantes, podem ter impactos importantes no seu comportamento. O que os algoritmos das redes sociais promovem é a concentração ou dispersão das atenções dos seus

---

<sup>374</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* <http://www.comciencia.br/regulacao-algoritmica-e-os-estados-democraticos/>. Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>375</sup> Pariser, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Zahar, 2012. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos*. Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>376</sup> THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, 2008, p. 81. <https://www.researchgate.net/file.PostFileLoader.html?id=53abe564cf57d7df1e8b45f4&assetKey=AS%3A273548994646025%401442230571326>. Acesso em: 31 de março de 2019.

usuários em uma direção específica, o que pode ser tecnicamente entendido como *modulação*<sup>377</sup>.

Atualmente, há importante debate acadêmico acerca de um tipo de abordagem no ambiente digital, denominada “cutucada sutil” ou *nudge*, em inglês, que se vale de *design* para moldar o comportamento. Thaler e Sunstein conceituam *nudge* como *qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de maneira previsível sem [...] mudança significativa de seus incentivos econômicos*<sup>378</sup>.

Na linha do que foi desenvolvido com o aplicativo *MyPersonality*, citado no primeiro capítulo deste estudo, e que serviu de base para os serviços oferecidos pela *Cambridge Analytica*, especialmente, quanto ao *Brexit* e a campanha de Trump na eleição presidencial norte-americana, a herança intelectual do *nudge* se baseia em experimentos da psicologia cognitiva que buscam compreender a tomada de decisão humana, encontrando divergências consideráveis entre o modelo de tomada de decisão do ator racional, assumido pela análise microeconômica, e o modo como os indivíduos realmente tomam decisões devido ao uso difundido de atalhos cognitivos e heurísticos<sup>379</sup>. Tal proceder é alvo de diversas críticas sob o argumento de que muitas decisões individuais ocorrem inconscientemente, de forma passiva e irrefletida, e não através de deliberações ativas e conscientes<sup>380</sup>. Nesse ponto, a crítica está alinhada com o RGPD<sup>381</sup>, para o qual o consentimento é a regra.

---

<sup>377</sup> SILVEIRA, Sergio Amadeu. *Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais*. Edições Sesc, 2017. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>378</sup> THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness...*, p.6.

<sup>379</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>380</sup> YEUNG, Karen. ‘Hypernudge’: *Big Data as a Mode of Regulation by Design*. Information, Communication & Society (2016) 1,19; TLI Think! Paper 28/2016. <https://ssrn.com/abstract=2807574>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>381</sup> Regulamento Geral de Proteção de Dados:

Artigo 6.º

Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;  
b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;

Como visto, algoritmos são performativos, ou seja, alteram os ambientes em que são utilizados e seus muitos dos efeitos não são previsíveis. Por isso, é fundamental que as sociedades democráticas avancem na compreensão das implicações democráticas, culturais e sociais dessas figuras, pois, só assim, será possível encontrar o melhor modo de regular essas tecnologias que começaram a moldar nosso comportamento e nossa relação com o Estado<sup>382</sup>.

Toda a explanação acerca de como se daria, na prática, uma regulação algorítmica foi necessária para contextualizá-la, para deixá-la juridicamente perceptível. Assim, convém prosseguir para avaliar a plausibilidade jurídica de tal instrumento, o que se fará com amparo em reflexões já levadas a cabo pelo direito administrativo, tais como *soft law*, sobre o direito regulatório ser exclusivo ou não da Administração Pública e também sobre a constante atualização do direito regulatório.

#### 4.5. *Soft law* e a regulação algorítmica

Por ser um fenômeno muito recente, cujos impactos ainda não são possíveis de mensurar nem pelos os estudiosos da ciência da computação, a devida regulação do uso do *Big Data*, por óbvio, ainda não foi objeto de edição de norma, ou seja, que tenha cumprido todos os requisitos do processo legislativo e da qual resulte obrigatoriedade, tampouco teve seu conteúdo acolhido em sentenças de tribunais, consoante se entende como formas de *hard law*<sup>383</sup>. Outrossim, o quadro fático em questão nos sugere que leis de

---

c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;

e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;

f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.

<sup>382</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos...* Acesso em: 9 de abril de 2019.

<sup>383</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade...*, p. 909.



cunho vinculativo talvez não sejam capazes de regulá-lo, o que, de certa forma, resultaria no não desenvolvimento harmônico e integrado da sociedade, um dos deveres do Estado<sup>384</sup>.

Como dito alhures, é certo que, no mundo atual, os mecanismos tradicionais de regulação se mesclam e interagem com instrumentos contemporâneos que se encontram em pleno processo de aperfeiçoamento, consolidação e ampliação. Dessa forma, compete ao Estado, valendo-se do conjunto de mecanismos regulatórios que a história lhe deu, agir com criatividade, proporcionalidade, eficiência e legitimidade, com o escopo de buscar permanentemente suprir as eventuais falhas regulatórias, as quais podem, ao fim e ao cabo, obstar o desenvolvimento harmônico e integrado da sociedade<sup>385</sup>.

Por conta disso, convém analisar a eventual admissão de uma regulação algorítmica, a qual, em razão de suas características, teria amparo na figura da *soft law*.

A *soft law* pode ser definida, em síntese, como um conjunto de normas (standards normativos) de categoria residual, cujo mister é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law*, o que resultaria numa expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento. Embora esta definição seja simplificada, entende-se que nos permite traçar uma diretriz hermenêutica capaz de nos levar à compreensão do motivo pelo qual atores estatais e não estatais podem adotá-la em suas relações<sup>386387</sup>.

---

<sup>384</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico...*, p. 115.

<sup>385</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico...*, p. 115.

<sup>386</sup> GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 95 (abril-junho 2016). [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_ser\\_vicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.95.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF). Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>387</sup> O estudo da figura da *soft law* e de suas diversas implicações jurídicas merece tratamento mais aprofundado em estudo próprio, motivo pelo qual se adotou a definição simplória acima. Não obstante, não se olvida, quanto ao plano da definição do que seria a *soft law*, que as escolas de pensamento jurídico criaram distinções (ou mesmo posições) de como se dá a

Para Kenneth W. Abbott e Duncan Snidal, um dos argumentos em favoráveis ao uso de instrumentos de *soft law* vem da flexibilidade de sua aplicação em diversificadas situações negociais, sem ferir os princípios de soberania dos Estados<sup>388</sup>, o que, de certa, forma é o que se pretende com a regulação algorítmica e foi mencionado no respectivo subcapítulo.

Destarte, os diversos fracassos das políticas públicas em termos internacionais, instrumentos de *soft law* permitem a melhoria regulatória sem criar uma dicotomia entre a soberania dos Estados e a atuação destes nas relações com outros entes estatais e não estatais, pois, *na medida em que os agentes estatais cedem lugar a mecanismos regulatórios - e mitigam a soberania -, a governança global deixa de produzir um sistema hierárquico de poder (pois não há lugar para uma autoridade política suprema) e com isso não terá lugar para uma hegemonia política forçada*<sup>389</sup>.

Daí ressaí uma das principais funções da *soft law*, pois, diante da dificuldade em manter-se um sistema normativo atualizado, aquela permite que atores estatais (e não estatais) desenvolvam compromissos com uma margem de flexibilidade que a *hard law* não possui, o que pode ser relevante não apenas para o Direito internacional público, mas também para o Direito transnacional, incluído aí o Direito internacional privado, o Direito internacional administrativo, dentre outros<sup>390</sup>.

Sendo assim, apesar das críticas, observa-se uma crescente tendência de sistemas regulatórios com conteúdo não-vinculativo, demonstrando que a *soft law* é capaz de atender aos tempos de globalização crescente – no que se inclui dos desafios gerados pelo *Big Data* – e de tornar-

---

interação da lei na governança internacional, utilizando-se de uma divisão binária de vinculatividade e não vinculatividade, ou seja, onde termina a atuação da *hard law* e quando a *soft law* tem sua possibilidade concreta de atuação, tampouco se esquece que, dentre as correntes doutrinárias, as três principais visões: (a) visão positivista-jurídica; (b) visão construtivista; e (c) visão institucionalista racional.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>388</sup> ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. Massachusetts: International Organization 54, 3, 2000. [https://www.researchgate.net/publication/4770665\\_Hard\\_and\\_Soft\\_Law\\_in\\_International\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/4770665_Hard_and_Soft_Law_in_International_Governance). Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>389</sup> GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>390</sup> GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

se um instrumento de reforço regulatório eficaz, mesmo sem a capacidade vinculativa própria de instrumentos normativos de *hard law*. Vale ressaltar que, apesar de sua não vinculatividade no plano formal, a prática jurídica internacional caminha para seu uso, pois Estados e entes não-estatais acabam por se beneficiar desses *standards* normativos pela capacidade que detêm de reforçar a regulação global, sem, contudo, modificar a estrutura sistêmica do Direito internacional, baseado na autonomia da vontade, boa-fé e no mútuo consentimentos dos povos<sup>391</sup>.

A corroborar o arrazoado, o Parlamento britânico pediu à Comissão Jurídica, o órgão que assessora o governo em reformas legais, para rever o quadro jurídico para a partilha de dados entre os organismos públicos, tendo recomendado a utilização de *soft law*, como meio de modernizar e simplificar as disposições atuais que regulam o compartilhamento de dados<sup>392</sup>.

#### **4.6. Reflexões sobre eventual relação entre direito regulatório e regulação algorítmica**

É certo que, no mundo atual, os mecanismos tradicionais de regulação se mesclam e interagem com instrumentos contemporâneos que se encontram em pleno processo de aperfeiçoamento, consolidação e ampliação. Dessa forma, compete ao Estado, valendo-se do conjunto de mecanismos regulatórios que a história lhe deu, agir com criatividade, proporcionalidade, eficiência e legitimidade, com o escopo de buscar permanentemente suprir as eventuais falhas regulatórias, as quais podem, ao fim e ao cabo, obstar o desenvolvimento harmônico e integrado da sociedade<sup>393</sup>.

Indaga-se se o modelo regulatório a ser proposto deveria encontrar sustentáculo no Direito Penal do inimigo, o qual considera insatisfatórias as fórmulas de combate ao crime próprias do clássico Estado de Direito e aponta a imperiosidade de se combater o “inimigo” antes daquele agir.

---

<sup>391</sup> GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global...* Acesso em: 25 de abril de 2019.

<sup>392</sup> SLOOT, Bart van der; SCHENDEL, Sacha van. *International and comparative legal study on Big Data*. The Netherlands Scientific Council for Government Policy. [https://bartvandersloot.com/onewebmedia/WP\\_20\\_International\\_and\\_Comparative\\_Legal\\_Study\\_on\\_Big\\_Data.pdf](https://bartvandersloot.com/onewebmedia/WP_20_International_and_Comparative_Legal_Study_on_Big_Data.pdf). Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>393</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico...*, p. 115.

Destarte, no caso do mau uso de dados, ter-se-ia uma espécie de conflito, no qual o “inimigo” poderia ser qualquer pessoa, fosse ela natural ou jurídica, a forma mais indicada para combater tal irregularidade seria a utilização de estratégias preventivas, em que a *privacy* e a proteção de dados seriam particularmente atingidas. Como exemplo, ter-se-ia a necessidade de “conhecer o inimigo”, a qual remete para as razões de natureza íntima de cada indivíduo. Assim, haveria uma ponderação de direitos fundamentais entre a autodeterminação informacional seria o “preço social” a ser pago, com o fito de garantir a segurança do Estado contra o terrorismo<sup>394</sup>. Não obstante o raciocínio de Alexandre Pinheiro tenha sido com base em possíveis ameaças terroristas, entende-se, com a devida vênia, que pode ser amoldado a casos envolvendo o uso pernicioso de potencialidades do *Big Data*.

Assim, sobreleva-se oportuno dizer que subjaz à *privacy* e à proteção de dados pessoais uma dicotomia a ser ponderada: liberdade v. segurança. Nota-se, nesse conflito, a existência de um direito, a liberdade, cuja limitação é passível de ser decidida pelos poderes públicos com amparo em valores sociais como a segurança pública. Ainda sobre isso, eis interessante excerto doutrinário<sup>395</sup>:

Consideramos, no entanto, que a “segurança objectivada” deve ser rejeitada como função abstracta do Estado e ser antes concebida como função de garantia de direitos e liberdades. No binómio liberdade v. segurança – relevante para o nosso estudo – esta não traduz um valor “em si”, mas uma dimensão funcionalizada à proteção da liberdade individual, esta, sim, assumindo a natureza de “valor individual intrínseco”. As consequências teóricas da imposição do problema são importantes: a segurança não respeita ao Estado – não existe um direito do Estado à segurança –, mas terá de ser concebida para a protecção dos membros da comunidade. Ou seja, a “segurança objectivada” deve dar lugar a uma “segurança subjectivada”, o que enfraquece a dicotomia enunciada.

---

<sup>394</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 45.

<sup>395</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 46.

Para fazer frente às transformações do Estado no mundo contemporâneo, é insuficiente valer-se apenas de instrumentos que foram desenvolvidos em outros contextos espaço-temporais, ou seja, é preciso “olhar o novo como novo”. Isso denota a necessidade de entender a capacidade que as novas tecnologias da informação têm para liquefazer aquilo que, comumente, não era líquido, ou seja, de atribuir “hipermobilidade” àquilo que é físico, segundo a modernidade líquida de Bauman<sup>396</sup>.

A perda de diversos componentes da autoridade formal do Estado não significa o desaparecimento das antigas estruturas de poder, mas enseja que seu rearranjo seja providenciado. Diz Sassen que *a teoria existente não é suficiente para mapear a atual multiplicação de atores não estatais nem as formas transfronteiriças de cooperação e conflito, como as redes globais de negócios, ONG's, diásporas, cidades globais, esferas públicas transfronteiriças e o novo cosmopolitismo*<sup>397</sup>.

Por esse motivo, Sassen considera que nem mesmo o direito internacional, comumente mencionado como possível solução para os problemas desterritorializados das novas tecnologias da informação, é insuficiente. Tal entendimento decorre do fato de que seus instrumentos foram concebidos na sua gênese para relações interestatais, ignorando o fato de que, atualmente, os atores globais não são sempre estatais e, portanto, não obedecem a sua lógica<sup>398</sup>.

Em síntese, frente aos problemas que hoje se apresentam, a doutrina de Saskia Sassen tem a soberania estatal – entendida como a capacidade, dentro de um determinado território, de centralizar e legitimar todo o poder e o direito – como instável, haja vista as manifestações de poder nos territórios terem deixado de ser mutuamente excludentes. Ainda que o Estado-nação permaneça sendo importante no cenário interno e externo, diversos

---

<sup>396</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>397</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages...*, p. 346.

<sup>398</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages...*, p. 493.

poderes – associados a determinados territórios ou não – passam a ganhar cada vez mais espaço no cenário atual<sup>399</sup>.

De maneira similar, em interessante reflexão, Jose Bolzan de Moraes entende que *ao tratar da crise conceitual do Estado, ressalta que o modelo estatal moderno não consegue lidar com as perplexidades oriundas da multipolarização do mundo globalizado. As categorias tradicionais da teoria do Estado, associadas às estruturas de poder modernas, também são fragilizadas pela descentralização e concorrência de poderes não estatais, tornando-se insuficientes para caracterizar o fenômeno estatal do mundo globalizado. Isso requer a superação do modelo “fechado” do Estado, reconhecendo as inevitáveis transformações associadas à pulverização do poder. Essa pulverização, embora possibilite o deslocamento do poder em direção para outros loci, não exclui o poder público, uma vez que “embora fragmentado e fragilizado [...] este foi redefinido, mas não abolido*<sup>400</sup>.

Extraí-se de tudo que foi até exposto, que se apresenta como oportuno questionar se o Estado, dentro dessa nova dinâmica, pode fazer frente aos diversos atores globais da tecnologia da informação. Ao que parece, a resposta é parcialmente negativa, pois a teoria do Estado tradicional, calcada na ideia de que pode proteger os direitos fundamentais dos indivíduos com amparo na produção normativa para frente à modernidade líquida – não se mostra capaz de dar todas respostas aos problemas do mundo atual. É imperioso, pois, indagar quais os novos limites e papéis do Estado na contemporaneidade<sup>401</sup>, *in casu*, frente aos desafios do *Big Data*.

Dentro desses novos papeis, é necessário avaliar possibilidade de mitigação da soberania como uma consequência do surgimento de novas estruturas não estatais de autoridade e poder. Assim, o Estado-Nação, cada vez mais vulnerável a ataques menos específicos, por isso mesmo, mais

---

<sup>399</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages...*, p. 493.

<sup>400</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 143 p. 35. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*. Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>401</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*. Acesso em: 10 de abril de 2019.

inevitáveis das diversas fontes de poder do mundo contemporâneo, tem suas funções reformuladas, agindo não mais como centro, mas como “nós” de uma rede descentralizada de poder<sup>402</sup>.

Segundo Saskia Sassen, a soberania e território permanecerão como características fundamentais do sistema internacional. No entanto, elas seria parcialmente desviadas em direção a outras arenas institucionais fora do Estado e do modelo de território nacionalizado, como poderíamos ter aqui o universo cibernético. Assim, haja vista a exclusividade de soberania e de território, do ponto de vista histórico, serem essenciais para o Estado-Nação, essa mudança representaria uma reviravolta do próprio conceito de Estado<sup>403</sup>.

Em razão disso, o Estado-Nação, com sua autoridade soberana, *seria antagonizado pelos influxos dos diversos poderes que também são nós da rede, como acontece, por exemplo, quando os dados pessoais dos indivíduos circulam livremente, sem possibilidade de controle pelo Estado-Nação entre empresas quem monetizam as informações (e metainformações) dos indivíduos e das suas atividades cotidianas. Com isso, desconstrói-se a soberania, pelo menos no seu conceito tradicional, uma vez que ela deveria ser indivisível*<sup>404</sup>.

Nessa nova função, é notório que o Estado-Nação manteria certo poder decisório em relação a determinados assuntos, mas passaria a ser também influenciado pelas decisões de uma pluralidade de poderes que integram a rede descentralizada de atores globais. Em assim sendo, talvez continue a ser necessária, portanto, uma Teoria do Estado, visto que as relações de poder, embora não confinadas exclusivamente na esfera estatal, continuam a ser parte de toda a atividade estatal, mas muito mais como uma teoria do poder<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> CASTELLS, Manuel. *End of millennium: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. v. 3. p. 456.

<sup>403</sup> SASSEN, Saskia. *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press, 1996.

<sup>404</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>405</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

Como visto, as limitações da territorialidade, as transformações da soberania e a desnacionalização são características inerentes e essenciais ao processo de globalização. Tais transformações são tão importantes que *falar em soberania, nos dias atuais, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem*<sup>406</sup>.

Não se refuta a ideia de que muitos dos processos globais, todavia, ainda dependem são dependentes de entrada no âmbito do Estado-Nação para serem operacionalizados, o que, de sobremaneira, é um fenômeno complexo, que resiste à simplicidade das explicações duais e que requer que sejam decifradas as *profundas mudanças estruturais por baixo das continuidades superficiais, e, alternativamente, as profundas continuidades estruturais por baixo das descontinuidades superficiais*<sup>407</sup>.

No caso do RGPD e seu relacionamento com o *Big Data*, a resposta estatal para uma multiplicidade de problemas foi a norma, como expressão da soberania dos Estados signatários. No entanto, como visto, esses problemas são tão distintos que dificilmente poderiam ser resolvidos da mesma maneira. Ao invés de um debate entre os representantes do povo brasileiro, a proteção dos direitos fundamentais potencialmente violados deve ocorrer a partir da consideração dos fatores aqui mencionados, levando em conta a presença dos grandes atores globais: Estados e empresas privadas de tecnologia da informação. Afinal, a liquidez cada vez maior dos fluxos de dados leva a um processo de diminuição sistemática da soberania e do poder do Estado-Nação como forma de manter sua longevidade.

Para Manuel Castells, o mundo está passando por um processo de transformação diversificado – mudanças econômicas, políticas, tecnológicas, institucionais e culturais –, motivo pelo qual estamos presenciando o surgimento de uma ordem global multifacetada, cuja

---

<sup>406</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 143 p. 28. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>407</sup> SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages*. Woodstock: Princeton University Press, 2006. p. 12.



característica principal é a sua formatação em redes de cooperação entre Estados e instituições internacionais<sup>408</sup>.

Em interessante reflexão, Alexandre Pinheiro aduz que *a principal característica da sociedade da informação consiste na abertura de uma pluralidade de canais de comunicação aos intervenientes nas redes abertas em harmonia com o “mundo global”, com o desenvolvimento do ciberespaço – difícil de limitar fronteiras – e com a mudança de padrões de risco e de colocação perante “o outro” na comunicação interpessoal (a retracção a processos de sociabilização no “mundo real” é ultrapassada pela facilidade com que se troca informação pessoal na internet). (...) No mundo novo da sociedade da informação fica-se numa situação em que o poder – de início público – carece de “informação” para poder funcionar com eficácia*<sup>409</sup>.

Por conta de tudo que foi dito, ressaí claro que não estamos presenciando o fim do Estado, que continua a ser necessário. O RGPD, fruto do direito da União de diversos Estados Europeus, é igualmente importante. Todavia, existem problemas, como as implicações negativas do *Big Data*, que não podem ser resolvidos por essas vias tradicionais<sup>410</sup>.

É importante lembrar que o papel do jurista é reconhecer identificar potenciais problemas jurídicos, *deslocando-se do discurso fetichizado da lei que, seguindo a etimologia da palavra, enfeitiça o profissional do direito, fazendo-o acreditar que o direito vinculado à territorialidade estatal é a solução para todos os problemas do homem. Assim, como juristas, temos que questionar se uma ferramenta tão sólida quanto a lei é capaz de controlar algo tão líquido quanto os fluxos de dados (...). O que o direito precisa reconhecer é que o mundo, assim como a vida, é demasiado complexo e caótico para caber no espaço rígido e seguro da lei. Ao invés de tentar*

---

<sup>408</sup> CASTELLS, Manuel. *End of millennium: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 3, 2010, p. 456.

<sup>409</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 102.

<sup>410</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

*simplificar o mundo, o trabalho do jurista é fazer parte desse caos e, dentro dele, encontrar formas efetivas de proteger os direitos fundamentais*<sup>411</sup>.

Toda essa reflexão foi para dar sustentáculo à tese de que, para fazer frente aos desafios oriundos do *Big Data*, seria interessante avaliar a admissão da regulação algorítmica com vistas a regulá-lo, a qual, por óbvio, aqui se revelando a contínua importância do Estado-Nação, passaria pela introdução, na medida do possível, das normas de direito regulatório nos seus algoritmos das ferramentas a serem criadas para regular o *Big Data*.

Este estudo não tem a presunção de apontar como se operaria, na prática, a regulação algorítmica e se traria efeitos positivos, mas, contudo, entende-se defensável afirmar que, em tese, poderia ser um meio de fazer frente aos aludidos desafios, pois, como foi provado, o RGPD se mostrou incapaz de fazê-lo.

A corroborar o arrazoado, Alexandre Pinheiro, em referência a Alexander Robnagel, afirma que *a globalização e o desenvolvimento da técnica exigem objectivos instrumentais adequados, sendo o mais importante a introdução tecnológica no hardware e no software de elementos orientados para a protecção de dados. Só através da técnica podem ser assegurados os fins normativos da transparência e da protecção do anonimato*<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem...* Acesso em: 10 de abril de 2019.

<sup>412</sup> ROBNAGEL, Alexander. *Marktwirtschaftliche Datenschutz. – eine Regulierungsperspektive*. In: BIZER, Johan; LUTTERBECK, Bruno; RIEB, Joachin (orgs.). *Umbuch von Regelungssystem in der Informationsgesellschaft, Freundesgabe für Alfred Büllebasbach*, 2002. <http://www.alfred-buellebach.de/PDF/Freundesgabe.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2011, p. 132. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...* p. 816-817.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

Como vimos, a revolução paradigmática representada pelo *Big Data* passou a possibilitar a extração de novas ideias e perspectivas sobre a realidade em que vivemos, o que trouxe novos desafios para o direito regulatório, especialmente, no que tange ao direito à proteção de dados pessoais.

Ao analisar-se com maior profundidade tal produto da modernidade, foi possível perceber o seu impacto nas estruturas estatais, tendo sido objeto de estudo o grau de efetividade das normas regulatórias – produtos do exercício da soberania estatal – em matéria de proteção de dados, o que nos levou ao entendimento de que o Estado, na sua forma democrática de Direito, não tem conseguido cumprir, na sua inteireza, o seu mister, no que concerne à proteção de dados pessoais nas campanhas eleitorais digitais.

Notou-se, com especial enfoque no *Big Data*, que ele tem potencial para desestabilizar estruturas hierárquicas formais, pois foi capaz de influenciar em processos eleitorais mundo afora, deixando de observar regras e princípios atinentes à proteção de dados pessoais, o que, de certa forma, é atentatório à democracia e à confiança dos cidadãos no Estado de Direito e na integridade dos atos de eleição dos seus representantes.

Vale ressaltar que os algoritmos são performativos, ou seja, alteram os ambientes em que são utilizados, produzindo efeitos, muitos dos quais imprevisíveis. Assim, nos tempos atuais, a imensa maioria das informações é passível de ser transformada em dados analisáveis, inclusive os próprios dados. Como resultado, o acesso ao fluxo de daqueles e a qualquer tipo de informação armazenada é muito mais do que um problema de privacidade, passa a ser um problema de violação da igualdade.

Cabe lembrar que o uso pernicioso do *Big Data* possui uma característica peculiar: a indiferença. Leia-se essa como entre público e privado, ou ainda, entre nacional e internacional. Não observa as tradicionais fronteiras e os preceitos jurídicos emanados pelo Estado-nação. Destarte, parece-nos ingênuo acreditar que o funcionamento de uma ferramenta como essa – destinada a tratamento gigantesco de dados para os mais diversos fins,

e cujas conclusões emanam de algoritmos – vá se pautar unicamente pelo que está na norma.

Cabe ressaltar que, até o período em que havia análises algorítmicas cujos resultados eram recebidos pelos indivíduos, para que esses avaliassem a pertinência de sua aplicação ou não ao mundo dos homens, era mais perceptível a força normativa dos ditames de direito regulatório quanto à matéria. Contudo, é notório o caráter distinto dos casos das campanhas eleitorais digitais narradas no estudo, nos quais os próprios algoritmos fizeram a análise e o tratamento dos dados, seccionaram o conteúdo e o direcionaram aos destinatários, o que, em tese, pode ter influenciado no processo democrático.

Salta aos olhos que, *in casu*, a ausência do elemento humano como avaliador de eventual afronta a diversos direitos, em especial, o da proteção de dados, é uma condição peculiar. Em outras palavras, ao que tudo indica, o tratamento de tais dados pessoais não tem sido objeto de análise humana, com o fito de avaliar sua conformação às normas de cunho regulatório. Por corolário, se o tratamento não tem obedecido à máxima da submissão do fato à norma, tem-se um descumprimento reiterado daquela, em total desrespeito à sua força normativa.

No entanto, há que se perscrutar se o tal descumprimento reiterado decorre de uma negativa em fazê-lo ou de uma aparente impossibilidade. No caso da primeira hipótese, por quem?

O funcionamento extremamente complexo do *Big Data*, por meio dos seus incontáveis arranjos algorítmicos, e sua autonomia para direcionar o resultado de suas conclusões diretamente aos usuários, passível de influenciar no seu comportamento, nos leva a refletir se a culpa por descumprimento de ditames de normas regulatórias destinadas a tal fim deve recair somente sobre aqueles que se utilizam de tal ferramenta para tratamento de dados pessoais, pois, ao que parece, aqueles também se vêm incapazes de subsumir os incontáveis fatos à norma.

Apenas a título de curiosidade, já em 1974, um Relatório do *Department of Health, Education e Welfare* (HEW) dos Estados Unidos já tinha

identificado que progressos técnicos na área de informática não tinham sido acompanhados por uma produção legislativa capaz de responder aos novos desafios da recolha e armazenamento de informação pessoal.

Se assim for, resta patente que o direito regulatório, especificamente quanto aos casos estudados, não tem conseguido fazer frente ao uso pernicioso do *Big Data*, o que robustece a tese de que novas formas de dar efetividade ao direito regulatório deveriam que se concebidas. Dentre essas, a regulação algorítmica parece ser algo juridicamente plausível, mas isso enseja extensos debates acadêmicos e técnicos, o que refoge ao propósito do presente estudo, que foi, como vimos, de verificar a efetividade do direito regulatório no tocante aos citados desafios.

Ressai claro que, quando se em mente as modernidades tecnológicas e o seu impacto nas estruturas estatais, um dos pontos nodais é o questionamento acerca da capacidade regulatória que os modelos de Estado e democracia vigentes possuem sobre aquelas tecnologias, as quais têm potencial para desestabilizar as estruturas hierárquicas formais, as quais, em tese, podem ser substituídas por novas estruturas ainda não formalizadas, frequentemente apropriadas por poderes privados e imunes aos influxos democráticos.

Sendo assim, é premente a necessidade de que os Estados democráticos avancem na compreensão das implicações dos algoritmos, como forma de buscar um melhor modo de regular tais tecnologias, que influenciam claramente no nosso comportamento e nossa relação com o Estado.

Ressalva-se que reconhecer a estrutura pluralística da sociedade atual não significa admitir a insignificância do ente estatal, o que equivaleria a compactuar com a marcha de um processo que pode, em tese, terminar na neutralização ou destruição definitiva da máquina política.

O que se prega é a concepção de Estado, apresentando-se como uma unidade política, dissolvendo contraposições entre Estado e sociedade, tendo o primeiro como dimensão política da segunda, como um sistema regulador da existência daquela e dos entes que a compõem.

Quando se fala em eventual admissão de uma regulação algorítmica, está a falar-se em adaptação da forma da lei, ou seja, que deveria ser tentado inserir no bojo de algoritmos, o mesmo espírito da norma positivada, com vista ao amoldamento a um quadro social em constante mudança, cujas relações e eventuais conflitos ocorrem numa dinâmica antes inimaginável, como no caso específico do objeto desse estudo, o *Big Data*.

Tal adaptação destina-se a defender os direitos individuais na sua vertente do direito à personalidade, bem como outros institutos passíveis de ataques, como o Estado Democrático de Direito e a própria democracia.

Espera-se que o Estado regulatório contemporâneo faça uso não somente de métodos atualizados, mas também de critérios normativos atualizados, sendo que a independência, responsabilização e eficiência continuam a balizar o seu agir. A corroborar o arrazoadado, Ehrhardt Soares entende que *o organismo que se auto-regula tem de dispor por isso dum mecanismo sensível às mensagens do mundo e capaz de introduzir essa informação no seu “modelo de acção”*<sup>413</sup>.

Não se desconhece a doutrina que critica o tecnicismo no bojo de normas jurídicas<sup>414</sup>, todavia, os novos tempos clamam, em determinadas situações, pela concepção de novas formas de direito regulatório, para que o Estado esteja apto a enfrentar os desafios que hoje se apresentam.

As transformações de paradigma que envolvem as novas dinâmicas institucionais da modernização não devem ser vistas sob a ótica da vitimização do Estado, haja vista ele continuar a ter lugar privilegiado de formação jurídico-institucional. Ademais, é de se reconhecer que alguma proteção jurídica, mesmo que pouco efetiva, é melhor do que nada. No entanto, seria ingênuo acreditar que esse tipo de solução sólida (regramento legal) teria condições para lidar sozinho com a liquidez da modernidade em que vivemos, conforme tratamos em subcapítulo acerca das Teorias da Modernidade.

Assim, apresenta-se razoável que seja avaliada a possibilidade de se começar a fazer uso de uma regulação algorítmica. Contudo, este estudo

---

<sup>413</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 130.

<sup>414</sup> EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 175.

não tem a pretensão nem o alcance de apontar como as normas regulatórias seriam inseridas em algoritmos, de forma a regular outros algoritmos, matéria que delegamos aos especialistas. O que se buscou aqui foi aferir o grau de efetividade do direito regulatório frente aos desafios do *Big Data*, tendo tido como objeto principal de estudo as campanhas eleitorais digitais. Como resultado, verificou-se que o direito regulatório, em especial o RGPD, não tem conseguido fazer frente a eventual uso pernicioso do *Big Data*, apresentando-se praticamente apenas como um texto propositivo, sem força cogente.

Consoante Alexandre Pinheiro, há que se reconhecer que o Direito só se pode ser tido como inserido na ordem social se esta também for objeto de conhecimento, caso contrário, *fieiras de normas e princípios viveriam 'num universo oco povoadas de um abstraccionismo inútil, porque sem gente'*<sup>415</sup>.

Portanto, é notável que o dinamismo da evolução tecnológica e os acontecimentos políticos e sociais influenciam muito rapidamente na forma como o acesso à informação pessoal é juridicamente disciplinado, resultando numa necessidade de atualização permanente. Sendo assim, não obstante as fundações dos saberes deverem apresentar solidez e resistência, devem, por igual turno, moverem-se por meio de conceitos flexíveis e de concretização aberta<sup>416</sup>.

Com devida vênia para a licença poética, frente a alguns fatos políticos<sup>417</sup> contemporâneos, ao legislador não parece mais ser mais suficiente papel e bolígrafo.

---

<sup>415</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 103.

<sup>416</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 103.

<sup>417</sup> Segundo Sousa Lara: *facto político é todo o acontecimento implicado na luta pela aquisição, manutenção e exercício do Poder na Sociedade*. LARA, António de Sousa. *Ciência política – Estudo da Ordem e da Subversão*. 8.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciência Sociais e Políticas, 2015, p. 257.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### - DOUTRINA

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. Massachusetts: International Organization 54, 3, 2000. [https://www.researchgate.net/publication/4770665\\_Hard\\_and\\_Soft\\_Law\\_in\\_International\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/4770665_Hard_and_Soft_Law_in_International_Governance). Acesso em: 25 de abril de 2019.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Administração Pública Pluricêntrica*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n.º 227, jan./mar. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *Possui a União Européia uma autêntica Constituição? Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a.37, n. 147, jul./set. 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENNETT, Colin J... [et al]. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: AU Press, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



BRAGA, Sérgio; SAMPAIO, Rafael Cardoso; CARLOMAGNO, Márcio Cunha; VIEIRA, Fabricia Almeida, ANGELI, Alzira Ester; SUHURT, Juan Francisco Arrom. *Eleições online em tempos de 'big data': Métodos e questões de pesquisa a partir das eleições municipais brasileiras de 2016*. Revista Estudos em comunicação, nr. 25, vol. I. Covilhã: Universidade de Beira Interior, dez. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. reimpres. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição – direito constitucional positivo*. 14. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Orlando de. “*Para uma Teoria da Pessoa Humana (Reflexões para uma dismitificação necessária)*”, *O Homem e o Tempo – Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*. Porto: Fundação Engenheiro António Almeida, 1999.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Sumários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CASSESE, Sabino. *Le Basi dei Diritto Amministrativo*. 6ª Ed. Milão: Editora Garzanti, 2000.

CASTELLS, Manuel. *End of millennium: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 3, 2010.

CRAVO, Victor. *O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária?* Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v.8, n.1, maio/2016.

CHAVES, Christian Frau Obrador. *A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)*. Revista da Advocacia-Geral da União, nº 113, jun. 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1984.

CORNELL UNIVERSITY.  
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>.  
Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

DANAHER, John *et al.* *Algorithmic governance: developing a research agenda through the power of collective intelligence*. Big Data & Society, v. 4, n. 2, 2017.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. (Trad. port. de A. Vera Jardim e M. Caeiro). Lisboa: Moraes Editora, 1961.

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida Editora, 1969.

ESCHENBURG, Theodor. *Herrschaft der Verbände?* – Ed. 1963.

FABRIZ, Daury Cesar; FERREIRA, Cláudio Fernandes. *Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1192/1125> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro*. In: GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 95 (abril-junho 2016). [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.95.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF). Acesso em: 25 de abril de 2019.

GRIMM, Dieter. *A dignidade humana é intangível*. In: *Revista de Direito do Estado*. v. 5, n. 19-20, 2010.

GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

HAIRE, Andrew J.; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Big Data – Opportunity or Threat?* GSR Discussion Paper. União Internacional de Telecomunicações. [https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/Documents/GSR2014/Discussion%20papers%20and%20presentations%20-%20GSR14/Session3\\_GSR14-DiscussionPaper-BigData.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/Documents/GSR2014/Discussion%20papers%20and%20presentations%20-%20GSR14/Session3_GSR14-DiscussionPaper-BigData.pdf). Data de acesso: 15 de dezembro de 2018.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

HEAVEN, Douglas. *Not like us: artificial minds we can't understand*. *New Scientist*, v. 219, n. 2929, 2013.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes*. AöR, nº 123, 1998. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 803.

INTRONA, Lucas. *Algorithms, governance, and governmentality: on governing academic writing*. *Science, Technology & Human Values*, 3 de junho de 2015.

JOUROVA, Vera. *Proteção de dados: um movimento global para respeitar dados pessoais e aproveitar oportunidades de negócios*. [https://eeas.europa.eu/delegations/mozambique/46012/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-um-movimento-global-para-respeitar-dados-pessoais-e-aproveitar-oportunidades\\_pt](https://eeas.europa.eu/delegations/mozambique/46012/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-um-movimento-global-para-respeitar-dados-pessoais-e-aproveitar-oportunidades_pt). Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KNAPP, Viktor. *Théorie du droit et cybernétique in Études juridiques offertes à Léon J. de la Morandière*, 1964.

LARA, António de Sousa. *Ciência política – Estudo da Ordem e da Subversão*. 8.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciência Sociais e Políticas, 2015.

LEAL, Ana Alves. *Big data e proteção de dados pessoais – desafios à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Revista Vida Judiciária. Grupo editorial Vida Económica. Maio/junho de 2018. <http://www.cidp.pt/Archive/Docs/f826818695653.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em contexto pós-ADPF nº 130/DF*.

LEMOES, Marcelo Rodrigues. *Concepções teóricas da contemporaneidade: múltiplos olhares*. Revista Aurora. v. 9, n. 2. (2016). <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/issue/view/422>. Acesso em: 5 de abril de 2019.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 32, abril de 1994. [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02). Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

MACHADO, Henrique Felix de Souza. *Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, maio/2018.

MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado regulador*. Fundação Getúlio Vargas. Revista de Direito Administrativo, v. 262 (2013). <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898/7807>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

MAJONE, Giandomenico. *Do estado positivo ao estado regulador*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard (Orgs.). *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. *As teorias do Estado e a modernidade tardia*. Revista Quaestio Iuris, vol. 06, nº 2, p. 249. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9587/7422>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CULKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work and think*. Londres: John Murray Publishers, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. Direito Administrativo Econômico. Coordenação de Carlos Ari Sundfeld. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10. Salvador: IDP, 2002.

MOCELLIM, Alan. *Simmel e Bauman: modernidade e individualização*. Em Tese - Revista eletrônica dos pós-graduandos em sociologia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v.4, n.1, ago./dez. 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance e Estado-Nação: as inadequadas tentativas de controlar os fluxos de dados através do Marco Civil da Internet e da CPI da Espionagem*. <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f7eaf16ecec07f>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, CEDAM, Padova, 10ª ed., 1991.

MOTA PINTO, Paulo. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*. BFD, vol. LXXVI, Universidade de Coimbra, 2000.

MOTA PINTO, Paulo. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil, ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral e a “Solução do Dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização do Direito Civil”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

O'REILLY, Tim. *Open data and algorithmic regulation*. In: *Beyond transparency: open data and the future of civic innovation*. Ed. Brett Goldstein e Lauren Dyson. <http://beyondtransparency.org/chapters/part-5/open-data-and-algorithmic-regulation/>. Acesso em: 4 de abril de 2019.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

PASQUALE, Frank. *The black box society*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Big Data, E-Health e <Autodeterminação informativa>: a Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29 (2018). <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/48094/1/Big%20data%20ehealth%20autodeterminacao%20informativa.pdf>. Acesso em: 5 de abril de 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.). autores Cristina Pimenta Coelho... [et al]. *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito - Superação do Estado Liberal e do Estado Social*. [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-orian-piske#\\_ftn4](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-orian-piske#_ftn4). Acesso em: 20 de abril de 2019.

REIS, Tiago. *Ótimo de Pareto e eficiência dos mercados*. <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/otimo-de-pareto/>. Acesso em: 31 de março de 2019.

RINCK, Gerd Von. *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnorm, in Recht im Wandel, Festschrift Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag Kg.*, p. 361 e segs. In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida Editora, 1969.

ROBNAGEL, Alexander. *Marktwirtschaftliche Datenschutz. – eine Regulierungs perspective*. In: BIZER, Johan; LUTTERBECK, Bruno; RIEB, Joachin (orgs.). *Umbuch von Regelungssystem in der Informationsgesellschaft, Freundegabe für Alfred Büllebasbach*, 2002. <http://www.alfred-buellebach.de/PDF/Freundesgabe.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2011, p. 132. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 816-817.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política da transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Motilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SASSEN, Saskia. *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Saskia. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages*. Woodstock: Princeton University Press, 2006.

SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens* (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad. italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: *Le Categorie del "Político"*. Bolonha: Il Mulino, 1972. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 32, abril de 1994. [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011#nt02). Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Munique e Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1928. In: EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. *Direito público e sociedade técnica...*, p. 140-141.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luciana Vasco da. *Direito de privacidade no direito brasileiro e norte-americano*. Revista Eletrônica do Curso e Direito – PUC Minas Serro. nº 12, ago./dez. 2015. <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/9051/9553>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

SILVA, Manuel Duarte Gomes. *Esboço de uma concepção personalista do Direito*. Reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e

científicos. Lisboa: RFDUL (separata), vol. XVII, 1965. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional...*, p. 761-762.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação algorítmica e os Estados democráticos*. ComCiência - Revista Eletrônica de Jornalismo Científico. Dez. 2018/Fev. 2019. <http://www.comciencia.br/regulacao-algoritmica-e-os-estados-democraticos/>. Acesso em: 9 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Sérgio Amadeu. *Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais*. Edições Sesc, 2017.

SLOOT, Bart van der; SCHENDEL, Sacha van. *International and comparative legal study on Big Data*. The Netherlands Scientific Council for Government Policy.

[https://bartvandersloot.com/onewebmedia/WP\\_20\\_International\\_and\\_Comparative\\_Legal\\_Study\\_on\\_Big\\_Data.pdf](https://bartvandersloot.com/onewebmedia/WP_20_International_and_Comparative_Legal_Study_on_Big_Data.pdf). Acesso em: 15 de abril de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

TATHAM, Steve. *Target audience analysis*. Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN. Revista *The Three Swords*, nr. 28, maio de 2015. [http://www.jwc.nato.int/images/stories/threeswords/JWC\\_Magazine\\_May2015\\_web\\_low.pdf](http://www.jwc.nato.int/images/stories/threeswords/JWC_Magazine_May2015_web_low.pdf). Acesso em: 4 de novembro de 2018.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, 2008, p. 81. <https://www.researchgate.net/file.PostFileLoader.html?id=53abe564cf57d7df1e8b45f4&assetKey=AS%3A273548994646025%401442230571326>. Acesso em: 31 de março de 2019.

TRISH, Barbara. *Big Data under Obama and Trump: The Data-Fueled U.S. Presidency*. Grinnell College, EUA. Revista *Politics and Governance*, 2018, Vol. 6, Issue 4, p. 33. <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/download/1565/1565>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. Immanuel. *O Fim de Que Modernidade?* Estudos de Sociologia, v. 2, 1997.

WIEDEMANN, Klaus. *Automated Processing of Personal Data for the Evaluation of Personality Traits: Legal and Ethical Issues*. Max Plack Institute for Innovation and Competition Research Paper. nº 18-04.

YEUNG, Karen. *Algorithmic regulation: a critical interrogation*. Regulation & Governance, v. 12, n. 4, publicado em 31 de julho de 2017. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12158>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Karen. 'Hypernudge': *Big Data as a Mode of Regulation by Design*. Information, Communication & Society (2016) 1,19; TLI Think! Paper 28/2016. <https://ssrn.com/abstract=2807574>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

## **- NORMAS**

ARGENTINA. *Ley nº 25.326, de 30 de octubre de 2000 – Ley de Protección de los Datos Personales*. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf). Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

COLÔMBIA. *Ley Estatutária nº 1.581, de 17 de octubre de 2012 – Ley de Protección de Datos Personales*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981#0>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

ESTADOS UNIDOS. *Conceito de “hearing”*. Sítio eletrônico do Governo dos Estados Unidos da América. <https://www.govinfo.gov/help/chrg>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Department of Health, Education e Welfare (HEW) – Records, Computers and the Rights of Citizens*. MIT, Massachussetts, 1973.

\_\_\_\_\_. *Federal Data Banks and Constitutional Rights*, parte 1. Washington, 1974. <https://catalog.hathitrust.org/Record/003214875>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

PORTUGAL. Diretriz/2019/1, de 25 de março de 2019, da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal. [https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz\\_1\\_2019\\_PropagandaPolitica.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Diretrizes/Diretriz_1_2019_PropagandaPolitica.pdf). Acesso em: 10 de abril 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa*. <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Data de acesso: 10 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Código Civil português – DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis). Acesso em: 2 de fevereiro de 2019.

REINO UNIDO. *EU Referendum*. <https://www.gov.uk/government/topical-events/eu-referendum>. Acesso em: 6 de novembro de 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.



UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Conclusões do Conselho e dos Estados-Membros sobre a realização de eleições europeias livres e justas*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6573-2019-REV-1/en/pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. *Declaração 2/2019 adotada pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados no dia 13 de março*. [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-22019-use-personal-data/course-political-campaigns\\_pt](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-22019-use-personal-data/course-political-campaigns_pt). Acesso em: 10 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. *Medidas apresentadas pela Comissão Europeia em setembro de 2018 em matéria de cibersegurança*. [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-cybersecurity-elections/recommendation-5949\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-cybersecurity-elections/recommendation-5949_en.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. *Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2961&tabela=leis&o\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2961&tabela=leis&o_miolo=). Data de acesso: 6 de janeiro de 2019.

## **- JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Boletim de Jurisprudência Internacional – Direito ao esquecimento. 5ª ed. Dez/2018. [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREIT\\_OAOESQUECIMENTO.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREIT_OAOESQUECIMENTO.pdf) Acesso em: 27 de março de 2019.

ESPANHA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (C-131/12)*. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT> Acesso em: 5 de outubro de 2018.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Ac. nº 6/84, de 18 de Janeiro. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>. Acesso em: 2 de junho de 2019.

## **- OUTROS TEXTOS**

BAPTISTA, Ana. *Afinal o que é o “Panama Papers”?*. Periódico. Portugal. <https://www.dinheirovivo.pt/outras/afinal-o-que-e-o-panama-papers/> Acesso em 12 de outubro de 2018.

BBC – British Broadcasting Corporation. Editorial. *Cambridge Analytica: the data firm's global influence*. Publicado em 22 de março de 2018. <https://www.bbc.com/news/world-43476762> Acesso em 7 de novembro de 2018.

BUMP, Philip. *Donald Trump will be president thanks to 80,000 people in three states*. The Washington Post, EUA, publicado em 1 de dezembro de 2016. [https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/12/01/donald-trump-will-be-president-thanks-to-80000-people-in-three-states/?noredirect=on&utm\\_term=.c0310d8d781c](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/12/01/donald-trump-will-be-president-thanks-to-80000-people-in-three-states/?noredirect=on&utm_term=.c0310d8d781c). Acesso em 20 de dezembro de 2018.

BUSINESS DICTIONARY.

<http://www.businessdictionary.com/definition/Facebook.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO, *Reino Unido: plebiscito ou referendo sobre a União Europeia?* Editorial de 23 de janeiro de 2013. <http://direito.folha.uol.com.br/blog/reino-unido-plebiscito-ou-referendo-sobre-a-uniao-europeia>. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down: how Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election*. Revista Vice. [https://www.vice.com/en\\_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win](https://www.vice.com/en_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win). Acesso em: 2 de novembro de 2018.

HERN, Alex; SABBAGH, Dan. *EU referendum won through fraud, whistleblower tells MPs: Former Cambridge Analytica worker says Brexit result may have been different without financial 'cheating'*. The Guardian, publicado em 27 de março de 2018. <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/27/brexit-groups-had-common-plan-to-avoid-election-spending-laws-says-wylie>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

KANTER, Jake. *Cambridge Analytica bosses were secretly filmed boasting about how they helped Trump win the US election*. Revista Business Insider, EUA, publicado em 20 de março de 2018. <https://www.businessinsider.com/cambridge-analytica-boasts-won-trump-election-facebook-data-2018-3>. Acesso em 3 de dezembro de 2018.

MAYBIN, Simon. *Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA*. BBC News, 31 outubro 2016, online. Acesso em: 9 de abril de 2019.

NIX, Alexander James Ashburner. *The Data Gurus Who Anticipated the Election Result*. Comunicado à imprensa realizado pela empresa Cambridge Analytica em 11 de novembro de 2016. <https://www.prnewswire.com/news-releases/cambridge-analytica-the-data-gurus-who-anticipated-the-election-result-300361599.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

O'NEIL, Cathy. *How can we stop algorithms telling lies?*. The Guardian, 16 de julho de 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/16/how-can-we-stop-algorithms-telling-lies>. Acesso em: 30 de março de 2019.

OTAN. <https://stratcomcoe.org/countering-propaganda-nato-spearheads-use-behavioural-change-science>. Acesso em 8 de novembro de 2018.

SASSEN, Saskia. *Relocating Global Assemblages: An Interview with Saskia Sassen*. Entrevista dada a Aneesh Aneesh. *Science, Technology & Society* 22:1 (2017): 128–134. [http://saskiasassen.com/PDFs/interviews/SS\\_Relocating\\_Interview.pdf](http://saskiasassen.com/PDFs/interviews/SS_Relocating_Interview.pdf). Acesso em: 10 de maio de 2019.

SCOTT, Mark. *Cambridge Analytica helped 'cheat' Brexit vote and US election, claims whistleblower*. <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

SHEERIN, Jude. *US election 2016: What really happened with the Clintons in Haiti?* BBC, Reino Unido, publicado em 2 de novembro de 2016. <https://www.bbc.com/news/election-us-2016-37826098>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

STROUD, Court. *Cambridge Analytica: the turning point in the crisis about Big Data*. Revista Forbes, EUA, publicado em 30 de abril de 2018. <https://www.forbes.com/sites/courtstroud/2018/04/30/cambridge-analytica-the-turning-point-in-the-crisis-about-big-data/#35b37fc748ec>. Acesso em: 2 de dezembro de 2018.

WEINBERGER, Sharon. *You can't handle the truth: psy-ops propaganda goes mainstream*. Revista Slate. <https://slate.com/news-and-politics/2005/09/psy-ops-propaganda-goes-mainstream.html> Acesso em 7 de novembro de 2018.